القانون الواجب التطبيق على التحكيم
دراسة مقارنة

The Law Applicable To the Arbitration
A Comparative Study

إعداد الطالبة

إيلاف خليل إبراهيم الصالح

(401120059)

إشراف

الأستاذ الدكتور/ جمال الدين مكناس

رسالة ماجستير مقدمة استكمالاً للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص

جامعة الشرق الأوسط

كلية الحقوق

قسم القانون الخاص

2014م

تفويض

أنا الطالبة إيلاف خليل الصالح أفوض جامعة الشرق الأوسط بتزويد نسخ من رسالتي المعنونة بـ "القانون الواجب التطبيق على التحكيم" للمكتبات الجامعية أو المؤسسات أو الهيئات أو الأشخاص المعنية بالأبحاث والدراسات العلمية عند طلبها.

الاسم: إيلاف خليل الصالح

التوقيع:

التاريخ: 2/6/ 2014م

قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الدراسة وعنوانها " القانون الواجب التطبيق على التحكيم "دراسة مقارنة" "

وأجيزت بتاريخ 2014/5/27

عضو اللجنة	الاسم	التوقيع
مشرفاً ورئيساً	أ.د. جمال الدين مكناس	
عضواً داخلياً	د. مهند عزمي أبو مغلي	
عضواً خارجياً	د. شيرين نبيل أبو غزالة	

شكر وتقدير

أتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان، وأسمى معاني العرفان إلى الأستاذ الدكتور/ جمال الدين مكناس – الذي تفضل بالإشراف على هذه الرسالة، فأفدت من علمه ونصائحه الثمينة وتوجيهاته الرشيدة، فكان خير معلم ومرشد.

إن تلك الإرشادات أضاءت لي دروب البحث وجنباته فكانت ثمرتها هذا العمل المتواضع بين أيديكم.

والشكر موصول أيضاً إلى كل من استزدت من معرفته أثناء دراستي العليا، سيما أساتذتي الأفاضل الذين أكن لهم كل التقدير والعرفان ما حييت.

الباحثة

الإهداء

أُهدي ثمرة هذا الجهد المتواضع

إلى

من ترعرعت في كنفهما في الصغر...

وكانا مصدر إلهامي وطموحي في الكبر...

والديّ العزيزين حفظهما الله...

وإلى

أخواني وأخواتي جعلهم الله لي سنداً ما بقيت حية.

الباحثة

قائمة المحتويات

"القانون الواجب التطبيق على التحكيم"

"دراسة مقارنه"

إعداد الطالبة

إيلاف خليل الصالح

إشراف الأستاذ الدكتور

جمال الدين مكناس

الملخص

تناولت الدراسة موضوع "القانون الواجب التطبيق على التحكيم" وهو موضوع على جانب كبير من الأهمية خاصة مع انتشار نظام التحكيم كوسيلة لحل النزاعات، فهو بلا شك ظاهرة قانونية تستحق الدراسة.

وقد بحثت هذا الموضوع في إطار مقارن بين التشريعين الكويتي والأردني والاسترشاد بالقانون المصري كلما أمكن ذلك، وهذا من خلال خمسة فصول.

وتبين الدراسة أن للقواعد القانونية واجبة التطبيق على النزاع أهمية كبيرة في جميع مراحل التحكيم، فقد يكون لهذه القواعد دوراً هاماً في تحديد ما إذا كان الحكم التحكيمي حكماً وطنياً أو أجنبياً. (وذلك عندما يتعلق الأمر بتنفيذ حكم التحكيم).

لهذا دعت الدراسة أن يكون اختيار الأطراف صريحاً وواضحاً للقانون واجب التطبيق على نزاعهم محل التطبيق، وكذلك للقواعد التي تحكم إجراءات التحكيم أملاً في سد كافة الثغرات والإجراءات التي تتطلبها خصومة التحكيم.

كما أوضحت الدراسة أنه يجب على واضعي القوانين الناظمة لعملية التحكيم إعطاء أطراف التحكيم كامل الحرية في الالتجاء إلى قانون أو قواعد لتحكم إجراءات خصومة التحكيم، بما لا يتعارض مع المبادئ الأساسية المتعلقة بالنظام العام والتي تتعلق بكفالة حق الدفاع واحترام المساواة بين الأطراف.

فالقانون واجب التطبيق على النزاع قد يختاره الأطراف، أو يترك لهيئة التحكيم ذلك، وفى تلك الحالة أيضاً يجب احترام حرية الأطراف وذلك باختيار أقرب القانونين لرغبتهم.(فقد يكون قانون الدولة محل النزاع).

"The law applicable to the arbitration"
"Comparative study"

Student preparation:

Elaf Khalil Al Saleh

The supervision of prof.

Jamal El-Din Meknas

Summary

The study was on the theme of "the law applicable to the arbitration," that is a subject of great importance.

Especially with the spread of a system of arbitration as a way to resolve disputes, so it is undoubtedly a legal phenomenon worth studying.

This topic has been discussed in a comparative framework between the two legislatures Kuwaiti and Jordanian and guided by the Egyptian law whenever possible and this through five chapters.

The study shows that the legal rules applicable to the dispute have a great importance in all stages of the arbitration; these rules may play an important role in determining whether the arbitration judgment is a national or foreign rule.

For this, the study called for the choice of the parties to be explicit and clear to the applicable law on their dispute replace the application, as well as for the rules that govern the arbitration procedures hoping to fill all the gaps and procedures that required by the arbitration dispute.

Also the study showed that The authors of the laws organizing the arbitration process should give the parties of the arbitration the whole freedom in the recourse to law or rules to govern procedures of the arbitration dispute, not inconsistent with the fundamental principles relating to public order and which relates to ensuring the right to defense and respect for equality between the parties. The law applicable to the dispute have been chosen by the parties, or leave it to the arbitral tribunal , also in this case you should respect the freedom of the parties and this by choosing the closest laws to theirs. (It may be the law of the state in dispute).

الفصل الأول

المقدمة والإطار النظري

أولاً: المقدمة:

"يُعد القضاء أحد مظاهر سيادة الدولة الحديثة، فهو أحد السلطات العامة الثلاث في الدولة، وترتكز المهمة الأساسية للقضاء على الفصل في المنازعات التي تثور بين الأطراف، فهو المرجع الأصلي في حل المنازعات، ولكن أمام عيوب إطالة إجراءات التقاضي، وإهدار الوقت والمال، وجد المشرع نفسه، لتلافى تلك العيوب، يسمح بإخراج بعض المنازعات من ولاية القضاء العادي إلى هيئات غير قضائية، تتمتع بسلطة الفصل في بعض المنازعات التي تدخل أصلاً في ولاية القضاء، لأن الدولة لم تحتكر سلطة فصل النزاعات لسلطتها القضائية فقط، وإنما سمحت للأفراد باللجوء إلى نظم أخرى للفصل في منازعاتهم"[1].

"لقد أدى التطور الهائل في معدلات التنمية الاقتصادية، وانتشار التجارة البينية بين الدول، إلى ظهور روافد جديدة وأساليب حديثة في مجال التجارة الدولية، ومع تشعب العلاقات التجارية والاقتصادية واختلاف مصالحها وأهدافها، ظهرت العديد من المشكلات نتيجة لهذه العلاقات، فكان لا بد من استحداث أساليب جديدة لفض هذه المشكلات، بما يتناسب مع هذا التطور السريع، وبما يحقق العدالة السريعة التي يتطلبها هذا النوع من المعاملات، فبرز ما يسمى بنظام التحكيم، كأسلوب من

---

[1] انظر: عبد التواب، أحمد (2009). اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، ص12.

أساليب فض المنازعات بالطرق السلمية بعيداً عن القضاء العادي. وذلك باختيار أطراف النزاع حكماً يحكم بينهم فيما تنازعوا فيه فيصير حكمه ملزماً لهم باتراً لأوجه النزاع"[1].

والتحكيم من مظاهر التطور في المعاملات والعقود لأنه يتميز بصفة التخصص أو الصفة الدولية، فالاعتبارات العملية تدعو دائماً إلى اللجوء للتحكيم لطرح النزاعات على أشخاص محل ثقة الخصوم بدلاً من طرحها على المحاكم العادية، وذلك للاستفادة من خبرتهم الفنية أو لتجنب مشاكل التنازع الدولي للقوانين أو للاقتصاد في الوقت والجهد والنفقات[2].

وعندما يتفق الأطراف على حل النزاع الذي قد يثور بينهم، وذلك عن طريق التحكيم، فإن قيام هذا النزاع بينهم يؤدي إلى استدعاء إجراءات التحكيم، والمعروف أن هذه الإجراءات تبدأ بتشكيل هيئة التحكيم وتستمر حتى تنتهي بصدور الحكم الفاصل في موضوع النزاع وفقاً لقواعد قانونية معينة[3].

ويمر التحكيم بعدة إجراءات قانونية، وهذه الإجراءات التي يمر بها التحكيم تعتبر غاية في الأهمية، إذ تسهم إلى حد كبير في تحديد مستقبل التحكيم الدولي، ويكون عدم صحة هذه الإجراءات سبباً لرفض تنفيذ حكم التحكيم بعد صدوره والطعن فيه، وهو ما يفقد التحكيم قيمته وأهميته[4].

---

[1] http://www.blog.saeeed.com/2012/02/arbitrage-dans-les-contrats/

[2] الجغبير، إبراهيم (2009). بطلان حكم التحكيم، دار الثقافة للنشر، عمان، ص16.

[3] التيحوي، محمود (2003). الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، منشأة المعارف للنشر، الإسكندرية، ص4.

[4] انظر: الصانوري، مهند (2005). دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر، عمان، ص31.

وجديراً بالذكر أن إرادة الأطراف تلعب دوراً هام وأساسياً فى الاتفاق على مكان التحكيم وما يترتب على ذلك من اختيار القانون الذى يطبق على منازعة التحكيم بجوانبها المختلفة، فالقانون الواجب التطبيق على التحكيم هو القانون الذي يتفق عليه الأطراف أو تتجه إرادتهم إلى تطبيقه.

فيتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على التحكيم وإذا لم يتفقوا عليه تختص هيئة التحكيم باختيار القانون المناسب والأقرب لإرادة الأطراف.

إذ أن موضوع القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم يحظى بأهمية بالغة لأطراف اتفاق التحكيم، فالقواعد الإجرائية هي التي ستحكم سير الخصومة وكل ما يعد إجرائي من تبادل المذكرات والمواعيد وسماع الشهود وتسبيب الحكم، ومراعاة هذه القواعد بشكل صحيح من شأنه الوصول إلى حكم تحكيم قابل للإعتراف به وتنفيذه، وعلى عكس ذلك فإن مخالفتها تفتح الباب أمام الطعن في قرار التحكيم ورفض الاعتراف به والحكم عليه بالبطلان وبالتالي لا يتم تنفيذه ولا يترتب عليه أي أثر قانوني[1].

ثانياً: مشكلة الدراسة:

تكمن مشكلة هذه الدراسة في بيان الإجابة على هذا التساؤل: "ما هو القانون الواجب التطبيق على التحكيم في حالة عدم اتفاق الأطراف على تحديد هذا القانون؟ وما مدى تأثير النظام العام على القانون الذي سوف يطبق على إجراءات التحكيم والنزاع التحكيمي؟

---

[1] الحواري،أسامة(2009). القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة، دار الثقافةللنشر،عمان، ص82.

من هنا تكمن المشكلة فهل يلجأ المحكم إلى:

- قواعد القانون (قواعد الإسناد) في حالة تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه على موضوع التحكيم؟
- أم أن المحكم يطبق قانون مكان التحكيم؟، وهو قانون الدولة التي انعقدت فيها هيئة التحكيم؟
- أم القانون المختار من قبل الخصوم؟

ثالثا: هدف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى بيان القانون الذي يحكم النزاع التحكيمي والقواعد التي تتعلق بإجراءات سير المنازعة وتحديد القواعد العامة التي يخضع لها التحكيم، وبيان الوضع القانوني السائد في الأردن والكويت وبيان كيفية تطبيقه على أرض الواقع من خلال الأسس العلمية المتبعة.

وكذلك تهدف الدراسة إلى بيان مراحل معرفة القانون الواجب التطبيق على النزاع، فالمرحلة الأولى مرحلة عقد التحكيم ومعرفة القانون الواجب التطبيق عليه من حيث انعقاده وتفسيره وأهلية الأطراف، وكذلك مرحلة الإجراءات الواجب إتباعها للوصول إلى قرار التحكيم ومعرفة القانون الواجب التطبيق على الإجراءات، ومرحلة معرفة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

رابعاً: أهمية الدراسة:

تكمن أهمية الدراسة في الآتي:

- انتشار نظام التحكيم كأسلوب من أساليب فض المنازعات بالطرق السلمية، وظهور الحاجة إلى حسم مسألة القانون الواجب التطبيق على التحكيم.
- أهمية معرفة القانون الواجب التطبيق على التحكيم، خاصة مع اختلاف إجراءات التحكيم الوطني الذي يستتبع تطبيق القانون الوطني، الأمر الذي يختلف عن التحكيم الدولي الذي يدخل في نطاق القانون الدولي الخاص.

خامساً: أسئلة الدراسة:

1. ما هو القانون الذي يطبق على عقد التحكيم؟
2. ما هو القانون الذي سوف يطبقه المحكم على إجراءات التحكيم؟
3. ما هو القانون الذي سوف يطبق على النزاع التحكيمي؟
4. هل سيلجأ المحكم إلى قواعد القانون الدولي الخاص لمعرفة القانون الواجب تطبيقه على التحكيم أم سوف يطبق قانون التحكيم للدولة التي تنعقد فيها هيئة التحكيم؟

سادساً: محددات الدراسة:

المحدد المكاني: تتحدد الدراسة بالقوانين التي تتعلق بالتحكيم في دولة الكويت والمملكة الأردنية الهاشمية والقوانين المقارنة.

المحدد الزماني: ترتكز الحدود الزمنية للدراسة على الفترة الواقعة بين صدور قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001 وحتى الآن، وكذلك الفترة الواقعة فيما بعد صدور قانون التحكيم الكويتي رقم (11) لسنة 1995 وقانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم (38) لسنة 1980.

المحدد الموضوعي: تقتصر هذه الدراسة على موضوع القانون الواجب التطبيق على التحكيم وفقاً لقانون التحكيم الأردني وقانون التحكيم الكويتي وقانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي "قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي تضّمن نصوصاً تتعلق بالتحكيم من المادة 173 إلى المادة 188"، ولا تتعداها إلى باقي مواضيع التحكيم من الطعن في القرار وتشكيل هيئة التحكيم.

سابعاً: مصطلحات الدراسة:

1. **التحكيم:** نظام قانوني يتم بواسطته الفصل بحكم ملزم في نزاع قانوني بين طرفين أو أكثر بواسطة شخص أو أشخاص من الغير يستمدون مهمتهم من اتفاق أطراف النزاع [1].
2. **هيئة التحكيم:** هي الهيئة المشكلة من محكم واحد أو أكثر للفصل في النزاع المحال إليها من طرفي النزاع [2].
3. **المحكم:** هو الشخص الذي يتولى التحكيم في النزاع المعروض عليه ويجب أن تتوفر فيه شروط معينة وأن يكون شخصاً محايداً ويتمتع بثقة الخصوم[3].

---

[1] والي، فتحي (2007). قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف للنشر، الإسكندرية، ص13.

[2] يونس، محمود (2009). المرجع في أصول التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ص252.

[3] أبو الوفا، أحمد (2007). عقد التحكيم وإجراءاته، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص161.

4. **اتفاق التحكيم:** هو الاتفاق بين طرفين على أن يحيلوا النزاع الذي سوف ينشأ بينهم في علاقات معينة إلى هيئة التحكيم لحسم النزاع بينهم[1].

5. **حكم التحكيم:** هو القرار النهائي الصادر عن هيئة التحكيم في نزاع معين محال من أطراف النزاع [2].

6. **القانون واجب التطبيق:** هو القانون المتفق عليه بين أطراف النزاع وهذا القانون هو عادة نفس القانون المطبق على العقد الأصلي الذي يتضمن شرط التحكيم[3].

ثامناً: الدراسات السابقة:

1. الباحث: أحمد محمد شتا، **نطاق تطبيق أحكام قانون التحكيم في مصر (دراسة مقارنة)**، رسالة للحصول على الدكتوراه جامعة القاهرة، عام (2002م).

ملخص الرسالة:

افتتح الباحث دراسته هذه بباب تمهيدي يتناول بعض المسائل العامة المتعلقة بنظام التحكيم وماهيته وطبيعته القانونية وتطوره التاريخي والأنواع المختلفة له، ثم انتهى إلى تقسيم الدراسة إلى ثلاثة أبواب متتالية، تحدث في الباب الأول عن نطاق الأشخاص الذين يحق لهم اللجوء إلى التحكيم سواءً أكانوا أشخاصاً طبيعيين أو اعتباريين وأهليتهم في الاتفاق على التحكيم، وماهية التحكيم متعدد الأطراف والصعوبات العملية التي تواجهه، أما الباب الثاني فقد تناول فيه موضوعات التحكيم من حيث

---

[1] حداد، حمزة (2010). التحكيم في القوانين العربية، دار الثقافة للنشر، عمان، ص45.

[2] السيايدة، نشأت (2012). ولاية القضاء على حكم التحكيم في ظل قانون التحكيم الأردني، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، عمان، ص9.

[3] عبد الصادق، أحمد محمد (2014). المرجع العام في التحكيم المصري والعربي والدولي، دار القانون للإصدارات القانونية، الطبعة السادسة.

كيفية تحديدها وتعيينها وقابليتها أو عدم قابليتها لأن تكون محلاً للتحكيم، مع إبراز بعض الصور العملية في هذا الشأن، وجاء أخيرا الباب الثالث لكي يتحدث عن نطاق تطبيق أحكام القانون المصري للتحكيم من حيث الزمان والمكان، والقانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم وعلى موضوع النزاع محل التحكيم والمشكلات العملية التي تقع في هذا الشأن، مع استعراض دور بعض المراكز والهيئات الدائمة للتحكيم.

2. الباحثة: داليا عبد المعطى حسين علي، **التراضي كأساس لاتفاق التحكيم**، أطروحة دكتوراه جامعة القاهرة، (2007م).

ملخص الرسالة:

تناول هذا البحث التراضي وأهميته كأساس للجوء إلى التحكيم، سواءًفي العلاقات بين أشخاص القانون الخاص أو في العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها. وسواءًاعتبرنا أن التحكيم قد أصبح الوسيلة العادية لتسوية منازعات التجارة الدولية، أو أنه، كما تقول محكمة النقض المصرية، طريق استثنائي لتسوية المنازعات، فإن اتفاق الأطراف على اللجوء إليه يظل الركيزة الأساسية التي يقوم عليها نظام التحكيم. وعلى هذا يظل معيار الرضاء واعتبار الأشخاص المعنية أطرافاً في العقد المتضمن الشرط أساس امتداده داخل مجموعة الشركات والتجمعات العقدية. ويظل قبول انتقال شرط التحكيم مع الحق المحال به هو أساس الانتقال في حالات حوالة الحق والدين وحوالة العقود. كما يتطلب لجوء الدولة إلى التحكيم – وخاصة في منازعات الاستثمار – التأكد من رضائها بذلك. وعلى هذا فإن الوسائل الجديدة التي أخذ بها قضاء التحكيم الدولي لاستخلاص رضاء الدولة لا تعبر في كل الأحوال عن

رضائها كما تتسبب في العديد من المشكلات، الأمر الذي يفرض على الدول إعادة النظر في صياغة القوانين والاتفاقيات الدولية التي يستخلص منها رضائها باللجوء للتحكيم.

3. الباحث: ناصر محمد عبد العزيز الشرمان، **النظام القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي**، أطروحة دكتوراه جامعة القاهرة، (2012م).

ملخص الرسالة:

يُعد المحكم هو العنصر الشخصي المهم في التحكيم التجاري الدولي، وفى الحقيقة أنه مهما توافر في التحكيم من دقة وفاعلية فإن نجاحه يتوقف على شخص المحكم ودرايته في جوهر مهمته ومقتضاها، فالمحكم هو المحور الأساسي الذي تدور حوله خصومة التحكيم، وبقدر دقة المحكم ومهاراته تكون سلامة إجراءات التحكيم وصحة الحكم الصادر فحسن أداء المحكم لمهمته يظل رهيناً بشخصه وما يحمله من مؤهلات وخبرات، فالأطراف لا يقدمون على اختيار التحكيم كأسلوب لحسم النزاع إلا من خلال توقعهم لمعاملة عادلة وأسلوب متخصص في إدارة الإجراءات.

4. الباحث: نشأت حسين السيايدة، **ولاية القضاء على حكم التحكيم في ظل قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001**، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، (2012م).

ملخص الرسالة:

التحكيم هو الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به، وقد يكون على صورة مشارطة التحكيم وشرط التحكيم، ويمر التحكيم بأربع مراحل هي: الاتفاق على التحكيم والمحكمين، والسير بإجراءات التحكيم، وإصدار القرار ومن ثم الطعن

بأحكام المحكمين، وأخيرا تنفيذ حكم المحكمين. بحثت هذه الدراسة سلطة القضاء على أحكام التحكيم المحلية والأجنبية والأسس القانونية التي تخضع لها دعوى البطلان ودعوى الطعن بأحكام المحكمين حسب التشريع الأردني والمقارن، وما يتعلق بمدى نطاق هذه الأحكام مع "قواعد اليونسترال للتحكيم". وكذلك توضيح آلية الفصل في منازعات التحكيم وذلك في ضوء الأحكام العامة المتعلقة بالصيغة التنفيذية لقرارات التحكيم ووسائل الطعن المختلفة. وقد خلصت الدراسة إلى نتيجة هامة مؤداها أن هناك تعاوناً وثيقاً بين القضاء وهيئة التحكيم أثناء رؤية النزاع المطروح على التحكيم، وقد قمنا بدراسة مظاهر هذا التعاون الذي يؤدى إلى تحقق الغاية من هذا الطريق الإستثنائى. أوصت الدراسة بالعديد من التوصيات، وكان أهمها أن يكون تنظيم أحكام التحكيم في القانون الأردني متفقاً والإطار العام للمؤسسات الإقليمية والدولية، ومبادئ التحكيم المؤسسي التي تطبق التحكيم في نزاعاتها فيما يتعلق بسلطة القضاء على حكم التحكيم، وذلك ليكون ضمانة إجرائية يتم من خلالها تبادل الصعوبات المتعلقة بهذا النوع من أنواع القضاء الخاص.

5. **الباحث: رضوان عبيدات، تشكيل هيئة التحكيم التجاري وفق أحكام قانون التحكيم الأردني والمقارن**، الجامعة الأردنية، الأردن، (2008م).

ملخص البحث:

تعتبر مرحلة تشكيل هيئة التحكيم وإنتقاء قضاتها من أهم المحطات التي تمر بها عملية التحكيم، حيث لا يتصور أن تكون هناك محكمة عامة أو خاصة بدون قضاة يفصلون في موضوع النزاع. وتعتبر حرية الأطراف في اختيار قضاتهم، أحد أهم مزايا التحكيم، ولا يفرض عليها أي قيود سوى مبدأ المشاركة المتساوية في الاختيار بين الأطراف.

وعند عدم تعاون الأطراف في تعيين المحكمين يجوز لأي طرف أن يلجأ إلى المحكمة لتقوم بتعيين المحكمين أعضاء التحكيم، بناء على طلب من أحد الأطراف، وبالتالي يكون الهدف من التدخل القضائي في هذه المسألة مقصورا على تقديم المساعدة في تشكيل هيئة التحكيم، لإتمام وإنجاح عملية التحكيم.

ويثير البحث تسؤلا حول آثار تعذر تشكيل هيئة التحكيم اتفاقياً، ونطاق تدخل القضاء في هذه الحالة وخلص البحث إلى أن تدخل القضاء بحاجة إلى تنظيم تشريعي أو يبين بعض التفاصيل الضرورية لهذا التدخل.

وبناء عليه، فقد ركز البحث على محورين رئيسين تناولا الأحكام الخاصة بتشكيل هيئة التحكيم وفق نصوص القانون الأردني الجديد والقانون المقارن، وتتمثل في: التشكيل الاتفاقي لهيئة التحكيم بالمبحث الأول، والتشكيل القضائي لهيئة التحكيم في المبحث الثاني.

6. الباحثة: داود، أشجان. **دراسة بعنوان الطبيعة القانونية لحكم التحكيم وآثاره وطرق الطعن به،** رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين (2008م).

ملخص الرسالة:

تناولت الباحثة في دراستها الطبيعة القانونية لقرار هيئة التحكيم من حيث النظريات التي قيلت في التحكيم وكذلك تحدثت عن الآثار المترتبة على القرار الذي تصدره هيئة التحكيم على هيئة التحكيم نفسها وعلى أطراف النزاع، وتناولت الباحثة الطعن في حكم التحكيم، أما مشكلة الدراسة تكمن في تعدد وجهات النظر حول طبيعة التحكيم والآثار التي نتجت من هذا التعدد .

أما هذه الدراسة فتتميز في أنها تتناول مفهوم التحكيم ومقارنته مع المفاهيم الأخرى المتشابهة له وطبيعته والأهم في ذلك في أنها تتناول بشكل رئيسي القانون الواجب التطبيق على التحكيم من حيث القواعد القانونية الموضوعية الواجبة التطبيق على التحكيم وبيان القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم وإجراءاته.

7. الباحث: الطراونة، عيسى. **دور المحكم في خصومة التحكيم**، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، الأردن. (2011م).

ملخص الرسالة:

تناول الباحث في دراسته دور المحكم في خصومة التحكيم، فقد تحدث عن ماهية التحكيم وتحديد مفهومه والشروط الواجب توافرها فيه، وكذلك تناول الباحث عن سلطات المحكم في خصومة التحكيم والتزامات المحكم وكيفية انقضاء مهمته في خصومة التحكيم ، وتكمن مشكلة هذه الدراسة في مدى تمتع المحكم للحيادية والنزاهة والأمانة أثناء نظره للنزاع المعروض أمامه.

أما هذه الدراسة فتتميز في أنها لا تركز على شخص المحكم وإنما تبحث في القانون الواجب التطبيق على التحكيم من حيث القواعد الموضوعية القانونية وكذلك القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم.

8. الباحث: العدواني، محمد. **مدى الرقابة القضائية على حكم التحكيم**، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، الأردن. (2011م).

ملخص الرسالة:

تناول الباحث في دراسته مفهوم التحكيم وأنواعه وعلاقته مع القضاء، وعرف حكم التحكيم وإجراءات إصدار القرار التحكيمي، وتحدث كذلك عن الرقابة القضائية على حكم التحكيم، ومشكلة هذه الدراسة تكمن حول مدى إلزامية حكم التحكيم في التنفيذ وهل يتدخل القضاء في التنفيذ الجبري لقرار هيئة التحكيم.

أما هذه الدراسة فتتميز بأنها تتناول بشكل مفصل القانون الذي يجب تطبيقه على التحكيم من حيث القواعد الموضوعية للتحكيم والقانون الواجب تطبيقه على منازعات التحكيم.

تاسعاً: منهجية الدراسة:

سنتبع في هذه الدراسة أسلوب البحث العلمي القائم على المنهج الوصفي التحليلي والمنهج المقارن للنصوص القانونية وتأصيلها وتحليلها, حيث تقوم الباحثة بعملية رصد وتسجيل ما تلاحظه في البحث وتقوم بتصنيفه تمهيداً لاكتشاف الروابط والعلاقات القانونية بينهما، حيث سيسلط الأضواء على التحليل والنقد على الموضوع بإجراء مقارنة على موضوع القانون الواجب التطبيق على التحكيم في قانون التحكيم الأردني وقانون التحكيم الكويتي وقانون المرافعات المدنية الكويتي وقانون التحكيم المصري، كما ستعتمد الباحثة على أحكام التحكيم الخاصة بهذا الموضوع، وكذلك على آراء الفقهاء المتعلقة لهذا الموضوع كلما لزم الأمر لذلك.

الفصل الثاني

ماهية التحكيم التجاري الدولي

مما لا شك فيه أن انتشار نظام التحكيم كوسيلة لحل النزاعات يعتبر ظاهرة قانونية تستحق الدراسة، وبالتدقيق نجد أن التحكيم في نشأته ووجوده نظام قديم وليس بالحديث، واستخدمته المجتمعات القديمة كوسيلة لحل مشاكلها المختلفة.

وبالرغم من وجود قضاء الدولة إلا أن نظام التحكيم احتفظ بأهميته ودوره البارز في حل المنازعات بين الأفراد ومارس دوره في حماية الحقوق وفض المنازعات، وأمام تلك الأهمية نظمت وأقرت الدولة القوانين اللازمة لتوضيح ضوابط اللجوء إلى التحكيم، وكذلك كيفية تنفيذ الأحكام الصادرة عنه وطرق الطعن فيها.

هذا ويتمتع التحكيم بالعديد من المزايا التي تجذب الأفراد نحوه بدلاً من اللجوء إلى القضاء، ومن هذه المزايا التي يتميز بها التحكيم السرعة في حل النزاع وتفادى إجراءات التقاضي.

وعليه ومن أجل بيان ذلك سوف نتناول هذا الفصل في مبحثين كالتالي:

المبحث الأول: مفهوم التحكيم والمفاهيم المشابهة له.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم.

المبحث الأول

مفهوم التحكيم والمفاهيم المشابهة له

لقد كان الالتجاء لنظام التحكيم من أقدم وأهم عادات التجار وغيرهم للفصل في المنازعات التي تثور في معاملاتهم، ومع التطورات الحديثة في المعاملات التجارية خاصة بتعدد أطرافها إلى أقاليم وبلدان مختلفة، لذا كان من الضروري التوفيق بينهم عند صياغة القالب القانوني لتصرفاتهم وتعاملاتهم، ولقد أخذت الدول هذا الأمر على عاتقها، فكانت حتمية التحكيم لما له من مميزات تتناسب مع المعاملات التجارية.

فكان التحكيم ملجأً مناسباً لفروع التجارة، وتجسيداً لمبدأ سلطان الإرادة، فإنه تعد سيادة القضاء صالحة للأعمال والتصرفات التجارية، ولم تعد تتلاءم ومصلحة أطراف التجارة الدولية، أمام ذلك اعترفت الدول بالحق في اللجوء للتحكيم لحل المنازعات من خلال التشريعات الناظمة والاتفاقيات الدولية.

فالتحكيم أصبح الآن الوسيلة الفنية البارزة لضبط وتيسير التجارة الدولية فهو وسيلة وغاية لحل منازعات التجارة الدولية في وقتنا الحاضر.

ولا تختلف أهمية التحكيم في التجارة الداخلية عن الخارجية، فللتحكيم أهمية كبرى سواء في أمور التجارة الداخلية والأمر ذاته في مجال التجارة الدولية، ويطلق عليه "التحكيم التجاري الدولي".

هذا ويختلف نظام التحكيم عن بعض الأنظمة الأخرى اختلافاً جوهرياً، وهذا ما سنقوم بتناوله من خلال هذا المبحث من حيث تناول التعريف بالتحكيم، وأيضا التمييز بينه وبين المصطلحات المشابهة له.

ويكون من خلال مطلبين كالتالي:

المطلب الأول: تعريف التحكيم.

المطلب الثاني: التمييز بين التحكيم والمفاهيم المشابهة له.

المطلب الأول: تعريف التحكيم:

التحكيم في اللغة معناه التفويض في الحكم، فالتحكيم حكّم يقال حكّمت فلاناً في مالي تحكيماً، أي فوضت إليه الحكم فيه فاحتكم علّي في ذلك[1].

والحكم – لغة – كالحاكم، منفذ الحكم، جمعها حكام، وحاكمه إلى الحاكم دعاه وخاصمته، وحكمه في الأمر تحكيماً أمره أن يحكم فاحتكم، والحكمان – محركة – أبو موسى الأشعري وعمرو بن العاص، وحكام العرب في الجاهلية كثيرين منهم أكثم بن صيفي، وحاجب بن زرارة وعبد المطلب، وأبو طالب[2]. وحكم فلاناً في الشيء أو الأمر؛ يعني جعله حكماً، وفي القرآن الكريم ﴿ فَلاَ وَرَبِّكَ لاَ يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾[3].

---

[1] ابن منظور (1990). لسان العرب، دار صادر للطباعة النشر، ج1، بيروت، ص42.

[2] بادي، مجد الدين محمد يعقوب الفيروز (1987). القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، ج4، دار بيروت للنشر، بيروت، ص98.

[3] سورة النساء، الآية 35.

وحاكمته إلى الحكم، أي خاصته إليه، واحتكموا إلى الحاكم أي رفعوا أمرهم إليه[1].

ويطلق على من يختار للفصل بين المتنازعين مسمى الحكم، وذلك لما ورد في قوله ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾[2].

ومما سبق يتضح أن التحكيم في معناه اللغوي يفيد تفويض الأمر للغير، فيقال حكم زيد عمراً في ماله أي أطلق يده فيه، وحّكم الخصمان فلاناً إذ جعلاً له النظر في منازعاتها، ومن يفوض إليه النظر في نزاع يسمى حكماً أو محكماً أو محكما إليه، أما الخصم صاحب النزاع فيسمى محتكماً أو محكماً[3].

أما تعريف التحكيم قانوناً فهو "اتفاق بين طرفين أو أكثر على إخراج نزاع أو عدد من النزاعات من اختصاص القضاء العادي وأن يعهد به إلى هيئة تتكون من محكم أو أكثر للفصل فيه بقضاء ملزم"[4].

وفي تعريف آخر للتحكيم، أنه "نظام خاص للتقاضي ينظمه القانون ويسمح بمقتضاه للخصوم في منازعات معينة بأن يتفقوا على إخراج منازعته قائمة أو مستقبلية عن ولاية للقضاء العام في الدولة، وذلك لكي تحل هذه المنازعة بواسطة شخص أو أشخاص عاديين يختارهم الخصوم ويسندون إليهم الفصل في النزاع"[5]، وكذلك عرف التحكيم بأنه "اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة – عقدية أو غير عقدية – على أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم، أو التي يحتمل أن تثور، عن طريق

---

(1) المراكبي، سيد (2009). التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي، دار النهضة العربية، القاهرة، ص11.

(2) سورة النساء، الآية 35.

(3) بركات، علي (1996). خصومة التحكيم في القانون المصري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ص10.

(4) الصانوري، مهند، مرجع سابق، ص33.

(5) بركات، علي، مرجع سابق، ص11.

أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين. ويتولى الأطراف تحديد أشخاص المحكمين سواء يتضمن ذلك في اتفاق التحكيم، أو بوضع بيان في هذا الاتفاق لكيفية اختيارهم، أو أن ينص الاتفاق على قيام مركز أو هيئة تحكيم يتولي تنظيم عملية التحكيم وفقاً للقواعد المتبعة فيه"(1).

وعرفه البعض كذلك بأنه "اتفاق طرفين في نزاع معين على إحالته إلى شخص ثالث لأكثر لحسمه دون اللجوء للقضاء قبل نشوء النزاع أو بعده"(2).

كما عرفه البعض الآخر أن التحكيم لا يعدو أن يكون وسيلة قانونية أفسح لها المشرع المجال للفصل في المنازعات المتفق على عرضها على التحكيم كنظام بديل للقضاء لا يخلو من مزايا وبحيث ينتهي إلى حكم يتقيد به الفرقاء ويؤدي إلى حسم النزاع الذي وقع بينهم شأنه في ذلك شأن القضاء، ولكن بسرعة ملحوظة وبقدر أقل من الجهد والنفقات(3).

وترى الباحثة أن تعريف التحكيم هو: اتفاق أطراف النزاع على إحالته للعرض على هيئة مستقلة يتفق عليها الطرفان لحسم النزاع القائم بينهم.

ومن هنا يمكن القول أن الإرادة المشتركة لطرفي التحكيم نتيجة لترتيب أثرين: الأول: هو سلب اختصاص قضاء الدولة بمنع طرح هذا النزاع عليه، فطالما وجد اتفاق تحكيم أو شرط تحكيم، امتنع على القاضي نظر النزاع طالما تمسك أحد أطراف النزاع بهذا الشرط أو الاتفاق، أما الأثر الثاني: فهو قبول الأطراف طواعية وبشكل نهائي لقرار التحكيم، فلا يحق لأيهما أن يرفع دعوى مبدئية أمام القضاء، لكي يعيد النظر في النزاع فليس لحكم المحكمين قوة الشيء المقضي به في خصوص ما

(1) المراكبي، سيد، مرجع سابق، ص11.

(2) البياتي، علي (2006). التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة والنشر، عمان، ص56.

(3) محيسن، إبراهيم (1999). طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية، دار الثقافة والنشر، عمان، ص12.

فصل فيه، وهو ما تتجه إليه معظم القوانين من منع الطعن في حكم التحكيم أو تضييق نطاقها، أو تحديد أسباب البطلان لحكم التحكيم على سبيل الحصر [1].

ويتبين لنا من تعريفات التحكيم السابق عرضها، أنها تتفق في مضمونها، وإن اختلفت في ألفاظها، فهي جميعها في مضمونها تتفق على أن التحكيم وسيلة لفض المنازعات الناشئة بين أطراف العلاقة، وأن هدف أطراف النزاع في اللجوء إلى هذه الوسيلة هو الخروج بنزاعاتهم من دائرة الخضوع للقضاء العادي وإجراءاته الطويلة.

وبعد عرض تلك التعريفات يمكننا أن نستخلص مزايا التحكيم، فهي عديدة حيث يتميز التحكيم بسرعة في الإجراءات، وقلة المصاريف، إذا ما قورنت مع ما يستغرقه اللجوء إلى القضاء من وقت، ومصاريف كثيرة، يضاف إلى ذلك أن الطرفين في التحكيم يختاران هيئة تحكيم تتمثل في مركز أو جهة متخصصة في هذا المجال وهو ما يعرف بالتحكيم المؤسسي أو يلجأ الأطراف إلى الشخص أو الأشخاص (وهو ما يعرف بالتحكيم الفردي) الذين يثقون بهم ويطمئنون على حكمهم ويرتضون قرارهم، ويكونون عادة من ذوي الخبرة والاختصاص في الموضوع الذي وقع خلاف بين أطراف العقد حوله وصدر الحكم عن المحكمة رغم إرادة الطرفين، ودون أن يكون لهما الدور في اختيار الحاكم فحكم المحكمة يتضمن عنصر القسر والإجبار، أما الحكم الصادر من المحاكم فيتصف بالرضا والاطمئنان ذلك أن المحكم يستمد ولايته من إرادة الخصوم على خلاف ولاية القضاء التي تُفرض عليهما [2].

---

[1] بريري، محمود مختار (1995). التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ص6.

[2] سامي، فوزي (2010). التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر، عمان، ص16.

خلاصة القول ُيعد التحكيم نظاماً يتمتع بخصائص معينة مثل باقي الأنظمة القانونية، ومنها[1]:

- التحكيم هو وسيلة بديلة لحل النزاع التجاري الوطني والدولي.
- الاتفاق على التحكيم قد يكون عند إبرام العقد وقبل حدوث النزاع، وقد يكون بعد حدوث النزاع فعلاً.
- التحكيم يعبر عن رغبة الطرفين في عدم عرض نزاعهما على القضاء العادي في الدولة، ورغبتهما في إقامة هيئة تحكيم ، يختارونها بأنفسهم يحددان لها موضع النزاع، والقانون الذي يرغبان في تطبيقه فيما بينهما.
- يمنح أطراف النزاع المحكم سلطة إصدار حكم ملزم بينهم.
- حكم المحكم النهائي وحاسم للنزاع.

المطلب الثاني: التمييز بين التحكيم والمفاهيم المشابهة له:

إن التحكيم نظام قانوني يهدف إلى حسم النزاع عن طريق هيئة مستقلة معينة من قبل أطراف النزاع، حيث يمكن أن يختلط مفهومه مع المفاهيم القانونية الأخرى، فالتمييز يستند إلى تكييف الاتفاق وحسب طبيعة الاتفاق، ومن هنا سوف نقوم بالتمييز ما بين التحكيم والمفاهيم الأخرى وذلك كما يلي:

---

[1] الحواري، أسامة، مرجع سابق، ص29.

أولاً: التحكيم والخبرة:

الخبرة Expertise مصطلح عام يختزل ضمنه مفهوم المعرفة أو المهارة أو قدرة الملاحظة لكن بأسلوب فطري عفوي عميق[1]، ويطلق هذا المصطلح على الإجراء الذي يعهد بمقتضاه القاضي أو المحكم أو الخصوم إلى شخص ما مهمة إبداء رأيه في بعض المسائل ذات الطابع الفني التي يكون على دراية بها، وذلك دون إلزام القاضي أو المحاكم بهذا الرأي [2].

ويقدم الخبير تقريره حول ما هو مطلوب منه، وقد يأخذ القاضي بهذا التقرير وقد يطرحه جانباً، وقد يأخذ به بصورة كلية أو جزئية، وعلى ذلك فإن رأي الخبير لا يُلزم المحكمة، ولا الأطراف الذين لهم الاتفاق على رفضه، فمهمة الخبير تقتصر على إعطاء الرأي في مسألة معينة، وليس إصدار قرار في تلك المسألة[3].

ويقوم الخبير المتخصص بإبداء رأيه الفني، وذلك بناًء على استعانة القاضي أو المحكم به في الأمور التي تحتاج إلى رأى متخصص، ولكن قد تستدعى الأمور وتتشابك فيكون في ذلك الوقت للمحكم دور الخبير، وقد يكون للخبير دور المحكم، لذا فهناك تشابك واختلاف بين الوظيفتين على النحو الآتي:

أولاً: يقوم المحكم بوظيفة القضاء، وذلك بأنه يحسم النزاع بين الخصوم بحكم ملزم لهما. أما الخبير فهو يقدم مساعدة للمحكم أو القاضي فهو ليس هدفه حسم النزاع، وإنما يعطى رأياً فنياً استشارياً ليس له قوة ملزمة، وعلى ذلك فإذا اتفق الأطراف على الاستعانة بخبير أو أكثر لإبداء الرأي

---

[1] http://ar.wikipedia.org

[2] انظر: عطية، عزمي (2012). قانون التحكيم الكويتي، مؤسسة دار الكتب، الكويت، ص23.

[3] حداد، حمزة، مرجع سابق، ص63.

الفني، سواء شفاهة أو بتقديم تقرير مكتوب سواء كان خبيراً مالياً، محاسبياً، هندسياً، زراعياً، ......)، يظل للأطراف حق رفضه ويكون للمحكم طرح تقريره كله أو جزء منه بحسب عقيدته[1]، لأن الرأي النهائي يكون للمحكم.

ثانياً: المحكم الخبير الأعلى، فقد استقرت الأحكام القضائية على أن القاضي (المحكم) هو الخبير الأعلى، ومن ثم فإن من صلاحياته أن يناقش الخبير الفني المنتدب، كما له أن يأخذ بتقريره أو رأيه كله أو جزء منه، أو يأخذ بأسبابه أو يطرح منها ما لا يتفق وواقع الأمر[2]. كما رفض القضاء "دعوى بطلان حكم تحكيم استناداً على أن هيئة التحكيم هي الأقدر على تقييم طلب إعادة الدعوى للخبراء من عدمه"[3].

ثالثاً: المحكم هو الخبير في نفس الوقت، في بعض الاتفاقات التي يرجع فيها الخصوم إلى أشخاص تقوم بمهمة حسم النزاع إزاء موضوع معين، يعهد إليهم في نفس الوقت مهمة تحتاج إلى خبرة فنية مثل، تحديد مبلغ الدين الناتج عن حسم النزاع، في مثل هذا النوع من الاتفاقات يعطى المحكم صلاحيات المحكم والخبير، إذ انه يُعد المحكم الخبير، لأنه يستخدم عملية الخبرة لكي يصل إلى تقدير التعويض أو قيمة الحق، ومن ثم فإن المحكم يقوم بوظيفتين: الخبير والمحكم[4].

---

(1) وذلك ما ذهبت إليه المادة 29 من قواعد الأونسترال للتحكيم بصيغتها المنقحة في 2010 من أنه: "يجوز لهيئة التحكيم بعد التشاور مع الأطراف أن يتعين خبيرا مستقلا أو أكثر لتقديم تقرير كتابي إليها بشأن مسائل معينة تحددها هيئة التحكيم وترسل إلى الأطراف نسخة من الصلاحيات التي حددتها هيئة التحكيم لذلك الخبير".

(2) الطعن بالنقض رقم 449 لسنة 34 ق، محكمة النقض المصرية، جلسة 1968/11/7.

(3) الحكم الصادر في الدعوى 31 لسنة 2007 تحكيم استئناف القاهرة " الدائرة 63 تجارى" جلسة 2007/2/21.

(4) خلوصى، ماجد محمد (2004). أصول التحكيم في المنازعات الهندسية، دار الكتب القانونية، جمهورية مصر العربية، ط4، ص48.

وترى الباحثة في ضوء ما سبق عرضه يمكن استخلاص اختلاف نظام التحكيم عن نظام الخبرة في عدة نقاط وهى:

- **من حيث من يقع عليه عبء الاختيار:**

في التحكيم ُيعد المحكم قاضٍ خاص يختاره الأطراف وعليه إصدار قرار في النزاع يفرض على الأطراف، وذلك بخلاف الخبير الذيتختاره المحكمة، وذلك ليبدى رأياً فنياً استشارياً لها، إذ أن رأيه استشاري وليس ملزم لهيئة المحكمة الموقرة.

- **من حيث إطار عمل كلاً من المحكم والخبير:**

في التحكيم تنظم إرادة الأطراف كيفية عمل المحكم وإجراءات التحكيم، أما في أعمال الخبرة يكون عمل الخبير في حدود المأمورية المكلف بها من قبل المحكمة دون أدنى تجاوز لما هو محدد له.

- **من حيث إسناد قرار كلاً من المحكم والخبير:**

في التحكيم يصدر المحكم قراره في ضوء ما قدمه الأطراف من مستندات ومن مرافعات، أما الخبير يعتمد في المقام الأول على خبراته عند إبداء رأيه.

- **من حيث حلف اليمين:**

في التحكيم لا يحلف المحكم يمين يلتزم به قبل أداء عمله، بخلاف نظام الخبرة.

خلاصة القول:

الخبير شخص يلجأ إليه لتقديم تقريره حول ما هو مطلوب منه في مسالة فنية متخصصة، وبعد تقديم هذا التقرير قد يأخذ القاضي به وقد يطرحه جانباً، وقد يأخذ بجزء منه أو يأخذ به كلياً، كما أن رأي الخبير لا يُلزم المحكمة.

أما المحكم هو المكلف بإنهاء النزاع بحكم ملزم للأطراف، ويكون حكمه في كامل النزاع وليس رأي استشاري في جزئية محددة مثل الخبير.

ثانياً: التحكيم والصلح:

ُيعد التحكيم عملاً قضائياً بطبيعته، ومن خلاله يفصل المحكم في نقاط النزاع القائم فيما بين أطرافه، وهنا يتمتع ما يصدر عن المحكم بما للأحكام من قوة وحجية ونسبية الأثر، هذا وقد ينتهي النزاع بالصلح، وأمام هذا الإجراء يصبح دور المحكم مختلفاً عن دوره كقاضٍ فهو يصبح كالموثق، ويقتصر عمله على إلحاق محضر الصلح بمحضر الجلسة.

ويعرف الصلح بأنه "إنهاء الخصومة وإحلال الوئام محل الخصام"[1]، ومن هذا التعريف نجد أن التحكيم والصلح يتشابهان في أنهما طريقان بديلان عن القضاء لفض النزاع، بحيث إنه إذا تم حسم

---

[1] معجم المعاني الاليكتروني: ".انظر على موقع http://www.almaany.com/

النزاع بأي من هذين الطريقين فلا يجوز رفع النزاع مرة أخرى أمام القضاء الوطني بخصوص ذات النزاع لأن عقد الصلح وحكم المحكمين يتمتع كل منهما بحجية الشيء المحكوم فيه[1].

وقد ذهب البعض إلى أن نظام التحكيم يختلف عن الصلح من عدة وجوه:

أولاً: يقيد الاتفاق على مبدأ التحكيم الأطراف، فلا يملك أيهما أن يعدل عنه، وذلك عكس نظام الاتفاق حيث إن الاتفاق على مبدأ الصلح لا يلزم الأطراف، ويملك كل طرف العدول عنه طالما لم يتحقق.

ثانياً: ينهى الحكم (التحكيمي) النزاع بقرار أو حكم ملزم للطرفين، أما إنهاء النزاع صلحاً لا يكون إلا برضاء وقبول الطرفين بنتيجة حل النزاع[2].

كما يتشابه عقد الصلح مع التحكيم في عدة نقاط، وهى:

- أن كليهما يحسم النزاع، كما أن ما يمتنع فيه اللجوء للتحكيم يمتنع فيه اللجوء للصلح.
- يجوز اللجوء إلى التحكيم والصلح في كل حالات المسئولية الناشئة عن مصادر الالتزام المختلفة، ومنها أن ينص عليه في العقد، وقد يكون الاتفاق سابقاً على حدوث الواقعة التي ستحال إلى التحكيم، أو قد يكون لاحقاً عليها، فمن الجائز قانوناً إمكانية أن يكون شرط التحكيمسابقاً لحدوث نزاع، كما يمكن أن يكون لاحقاً في مشارطة.

---

[1] المراكبي، سيد، مرجع سابق، ص22.

[2] انظر: إبراهيم، إبراهيم احمد (2012). أنواع التحكيم وإجراءاته واختيار المحكم ورده، بحث مقدم لتدريب المحكمين بالأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا، الاسكندرية، مصر، ص12.

والفارق الهام من وجهة نظر الباحثة بين التحكيم من جهة والصلح من جهة أخرى أن التحكيم ينتهي بحكم حاسم قابل للتنفيذ بعد وضع الصيغة التنفيذية عليه، بينما الصلح لا يقبل التنفيذ إلا بعد تصديق القضاء عليه باعتباره عقداً ليجعله صالحاً لوضع الصيغة التنفيذية عليه.

وترى الباحثة أنه يمكننا مما سبق عرضه استخلاص اختلاف نظام التحكيم عن نظام الصلح في عدة نقاط وهى:

- **القائم بالتحكيم أو بالصلح:**

القائم بعملية التحكيم هو المحكم الذي تم اختياره من قبل أطراف النزاع، أما القائم بالصلح فقد يكونوا هم الأطراف أنفسهم أو ممثلوهم.

- **مدى إلزامية القائم بالتحكيم أو الصلح:**

يقدم المحكم حكم ملزم للأطراف ُينهى به النزاع، أما من يقوم بالصلح يقدم مقترحات غير ملزمة للأطراف.

ثالثاً: التحكيم والوكالة:

تعرف الوكالة في اللغة بأنها: الحفظ، والتفويض[1]، وفي الاصطلاح الفقهي لها عدة تعريفات منها أنها:عقد يتم فيه تفويض شخص مالَه ُ فعله مما يقبل النيابة إلى غيره ليفعله في حياته [2].

---

[1] للمزيد حول هذا المعنى انظر: بادي، مجد الدين محمد يعقوب الفيروز، مرجع سابق. ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين بن محمد بن مكرم، مرجع سابق، مادة "وكل".

[2] تعريف: الشافعي، شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني (1415هـ- 1994م). مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، مغني المحتاج (217/2) ونهاية المحتاج (14/5).

وفى ضوء ذلك يظهر أن هناك عقد بين الوكيل والموكل ينشئ عنه عدة التزامات على عاتق الوكيل منها أن يقوم بعمل قانوني باسم الموكل ولحسابه لتنصرف آثار هذا العمل إلى ذمة الموكل.

ويثور تساؤل، هل يمكن اعتبار هيئة التحكيم وكلاء عن الأطراف المحتكمين؟

بالقطع لا يمكن اعتبار هيئة التحكيم وكيلاً عن الأطراف المحتكمين ومرجع ذلك في النقاط التالية:

1- على الرغم من أن تصدي هيئة التحكيم لا يتأتى إلا من إرادة أطراف النزاع، إلا أن مهمة المحكم تختلف تماماً عن مهمة الوكيل، فالوكيل يلتزم بالعمل باسم الموكل ولحسابه، ويكون مقيداً في أداء هذا العمل بتعليمات الموكل، ولا يستطيع الخروج عنها، وإن فعل ذلك سئل عن هذا التجاوز. أما مهمة المحكم هي العمل بصورة مستقلة، وذلك من أجل الوصول لإنهاء النزاع بحكم حاسم دون أن يتلقى ممن اختاره تعليمات أو توجيهات خاصة تؤثر عليه في حكمه[1].

2- يستطيع الوكيل أن ينسحب من الوكالة أو إنهائها دون إتمام العمل لصالح موكله، كما أنه يجوز للموكل عزل وكيله في أي وقت بحسب أحوال وظروف عقد الوكالة الراسم لعلاقة الوكيل بالموكل. في حين أن المحكم لا يستطيع أن ينسحب كأصل ثابت من أداء مهمته أو إنهاؤها دون إتمامها، وذلك بحكم ملزم عادل في حدود القواعد القانونية واجبة التطبيق. كذلك لا يملك أحد أطراف النزاع بإرادته المنفردة أن يعزل المحكم، حتى ولو كان من اختياره [2].

---

[1] فللموكل حق الرجوع على وكيله وفقا للقواعد العامة للمسئولية العقدية، ولا يعفيه عند إخلاله بأي من التزامات سوى القوة القاهرة، فالوكيل المأجور عليه أن يبذل في رعاية مصالح موكله العناية المألوفة فيسال عن تقصيره الحادث بفعله أو بمجرد إهماله، كما أنه إذا لم يتخذ عند تنفيذ الوكالة الاحتياطات التي تقتضيها مصالح الموكل أصبح مسئولاً قبله عن تعويض ما يصبه من ضرر جراء هذا الإهمال.
انظر: الطعن رقم 372 سنة 53 ق، محكمة النقض المصرية، جلسة 1989/12/18.

[2] للمزيد انظر: بريرى، محمود مختار، مرجع سابق، بند46، ص85.

وترى الباحثة أنه يمكن مساءلة هيئة التحكيم في حالة الغش والإنحراف وفقاً لقواعد المسئولية المدنية فتكون مسئوليتها تقصيرية وتسأل وفقاً لقواعد المسئولية المدنية.

فالمحكم لا يصدر حكمه باسم من اختاره، ولا يلتزم بالاستجابة إلى طلبات طرفي النزاع التحكيمي اللذين اختاراه، ولا ينظر إلى مصلحة أي طرف، ولو كان الطرف الذي عينه، بل هو يصدر حكمه طبقاً للقانون[1]، أما الوكيل فلا يملك مخالفة شروط الوكالة أو تجاوزها، ولا يملك إلا السلطات والصلاحيات التي يملكها الأصيل، وهذا يختلف كما وضحنا عن المحكم الذي يكون مستقلاً في عمله وتثبت له صفة القاضي[2].

وفى ضوء ما سبق عرضه ترى الباحثة أنه يمكنا استخلاص الفرق بين التحكيم والوكالة في النقاط التالية:

1- استقلال المحكم عن أطراف النزاع عند مباشرة مهمته، وذلك بخلاف الوكيل الذي يلتزم بتعليمات موكله.

2- التزام المحكم بإتمام العمل المسند إليه دون انسحاب أو عزل كقاعدة عامة، بخلاف الوكيل فله حق الانسحاب وكذلك يجوز عزله بإرادة الموكل.

3- لا يجوز مساءلة المحكم (كقاعدة عامة) وفقاً لقواعد المسئولية، إذا ما صدر منه خطأ، على خلاف الوكيل.

وقد ذهب الأستاذ الدكتور بريرى (رحمة الله عليه) إلى انه قد يختلط أمر الاستقلال بأمر الحيدة وهو خلط غير مقبول فالاستقلال يعنى عدم التبعية أما الحيدة فكما يعبر عنها البعض هي حالة نفسية يصعب إثباتها .....الخ.

[1] والي، فتحي، مرجع سابق، ص31.

[2] المراكبي، سيد، مرجع سابق، ص22.

رابعاً: التحكيم والتوفيق:

ذهب البعض إلى تعريف التوفيق بأنه "اتفاق أطراف النزاع على إحالة النزاع لشخص ثالث يتفقون عليه للتوفيق بينهم في محاولة لتسوية النزاع ودياً قبل اللجوء إلى القضاء أو التحكيم"[(1)]، وذلك باستخدام ما لديه من أدوات وما يراه مناسباً من وسائل وأساليب تساعد أطراف النزاع على تصفية مشاكلهم "[(2)].

وتكون الحرية لأطراف النزاع، حيث إنه قد يتضمن اتفاق الخصوم اللجوء إلى التوفيق قبل الالتجاء إلى التحكيم، وقد يلجأ الطرفان إلى التحكيم مباشرة بدلاً من إضاعة وقتهم في التوفيق، وفي هذه الحالة يكون عرض النزاع مباشرة على التحكيم صحيحاً، طالما كان ذلك تجسيدا لرغبة الطرفين المثول أمام التحكيم مباشرة، حيث ُيعد أنهما قد تخليا عن التوفيق، أما إذا تمسك أحدهما بإعمال الاتفاق على التوفيق. فلا يجوز فرض التحكيم على الطرف الآخر، إلا بعد استنفاد وسيلة التوفيق[(3)].

يعتمد نظام التوفيق في المقام الأول على تدخل شخص من الغير للتقريب والتوفيق بين أطراف النزاع، وذلك من أجل التوصل إلى تسوية ودية بين الطرفين، وهذا الشخص ليس محكماً، أي ليس له سلطة الفصل في النزاع بحكم ملزم للأطراف، إنما يتلخص دوره في عرض مقترحات لتسوية النزاع بين الطرفين والتقريب بين وجهات نظرهم، دون أن تكون له سلطة فرض أية تسوية عليهما.

---

(1) حداد، حمزة، مرجع سابق، ص32.

(2) انظر: محمود، احمد صدقي (2002). نطاق تطبيق قانون فض المنازعات، دار النهضة العربية، جمهورية مصر العربية، الطبعة الأولى، ص27.

(3) انظر: عطية، عزمي، مرجع سابق، ص31.

وتنتهي مهمة الموفق بإبرام تسوية بين الطرفين، ويبرمان على أساسها الصلح بينهما، وهذه التوصية التي يصدرها الموفق لا تعد حكم تحكيم، إذ يتميز حكم التحكيم بأنه ملزم للطرفين، في حين أن توصية الموفق غير ملزمة لهما، ولهذا فإن ما تصدره أية هيئة يقتصر دورها على مجرد إصدار توصية للتوفيق بين وجهتي نظر طرفي الخلاف، دون أن تكون توصيتها ملزمة لهما، ولا تعد هيئة تحكيمية ولا ُيعد ما تصدره حكماً تحكيمياً، ولا يمنع ذلك أحقية الطرفين في اللجوء بشأن خلافهما إلى القضاء أو التحكيم حسب الأحوال[1].

هذا وبالمقارنة بين إجراءات التوفيق والتحكيم، نجد تميز إجراءات التوفيق بالبساطة، فالموفق يحاول أن ُيقرب بين وجهات نظر أطراف النزاع لكي يتوصل إلى اتفاق بينهما على تسوية النزاع، ولا يكون قرار التوفيق ملزماً للأطراف ولا يلتزم بتطبيق قانون معين[2].

كما نجد أنه في إجراءات التوفيق يحق للموفق أن يتصل بأي من الطرفين، ويجتمع ويستمع لوجهة نظره بصورة منفردة، أو بحضور الطرف الآخر، ولا تثريب عليه في ذلك.

كما يجوز لأي من الطرفين أن ينسحب من التوفيق دون مسؤولية سواء كان ذلك صراحة أو ضمناً، ولا يملك الموفق عند حدوث ذلك إجبار الطرف المنسحب من التوفيق على الحضور ولا إصدار قرار ملزم له، وهذا عكس ما يحدث في إجراءات التحكيم[3].

وأخيراً يختلف نظام التحكيم عن التوفيق، في أن التحكيم طريق بواسطته يتدخل المحكم لحسم النزاع القائم، وذلك بحكم له حجية الأمر المقضي به، على أن يتم وضع الصيغة التنفيذية عليه، أما

---

(1) والي، فتحي، مرجع سابق، ص 22.

(2) الحواري، أسامة، مرجع سابق، ص32.

(3) انظر: حداد، حمزة، مرجع سابق، ص59.

الموفق فإنه يتدخل ليبدي بعض الاقتراحات أو الحلول لتقريب وجهات نظر أطراف النزاع، وإذا تم التوصل إلى اتفاق يحرر به محضر رسمي يكون بمثابة التزام تعاقدي يلزم الأطراف وفقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين[1].

[1] انظر: بركات، علي، مرجع سابق، ص57.

وترى الباحثة أنه يمكنا مما سبق أنه استخلاص الفرق والشبه بين التحكيم والتوفيق في النقاط التالية:

1- من حيث آلية التعامل مع النزاع:

يعتمد عمل الموفق على إيجاد حلول وتقديمها لأطراف النزاع دون التقيد بنصوص القانون الواجب التطبيق على النزاع، فهو يعتمد على تسوية النزاع وفق موجبات العدالة للوصول إلى حل توافقي بين الطرفين، وذلك عكس عمل المحكم.

2- من حيث الالتزام بالسير في الإجراءات:

يلتزم الخصوم بإجراءات التحكيم والتي تنتهي بأن يقضى المحكم في النزاع بحكم ملزم، أما في إجراءات التوفيق فليس على الأطراف التزام وليس على الموفق إلزام.

3- من حيث دور أطراف النزاع:

يعتمد دور الموفق في المقام الأساسي على الدور الذي تلعبه إرادة الأطراف في الوصول إلى حل النزاع وما يساهمان به في طريق إعداد وصنع القرار الخاص بحل النزاع، ويكون دور الموفق أن يعرض حلولاً على الأطراف وفقاً لما يلائم طبيعة الخلاف وكيفية الخروج منه، أي لا يعمل الموفق بصورة منفردة أو مستقلة عن الأطراف. أما التحكيم فهو عمل قضائي لا يتدخل أطراف النزاع في إعداد القرار أو الحكم الذي يصل إليه المحكم المستقل عنهم تماماً .

4- من حيث الحق في اللجوء للتقاضي:

مما لا شك فيه أن التحكيم قضاء خاص، في حين أن التوفيق لا يعدو كونه محاولة لتقريب وجهات النظر، ولا يسلب من الخصوم الحق في الالتجاء لمحكمهم أو قاضيهم، كما أنه لكلٍ منهم في كل الأحوال الحق في إنهاء أعمال التوفيق واللجوء مباشرة للقضاء أو التحكيم، وذلك إذا تم الاتفاق على اللجوء إليه، أما في الأحوال التي اتفق فيها الأطراف في اتفاق التحكيم على اللجوء وبصفة أولية للتوفيق فإنه يتعين عليهم المضي في هذا الطريق قبل اتخاذ إجراءات التحكيم.

5- من حيث قوة القرار الصادر عن الموفق أو المحكم:

ما يصدر عن المحكم (حكم التحكيم)، هو حكم يستطيع به أي من طرفي النزاع تنفيذه رضائياً أو قضائياً، أما ما يصدر عن الموفق من حلول قبلها الأطراف فلا تتمتع بحسب الأصل بأية قوة إلزامية.

المبحث الثانـي

الطبيعة القانونية التحكيم

كما أوضحنا أن التحكيم هو اتفاق طرفي النزاع على إحالة نزاعهم إلى هيئة معينة من قبلهم لحسم النزاع، حيث ُيعد التحكيم اتفاق له صفة خاصة، وذلك لأن القضاء لا يحسم النزاع، وإنما توكل هذه المهمة إلى جهة مستقلة ويكون قرارها ملزم لأطراف النزاع وله قوة تنفيذية.

والتحكيم كنظام قضائي خاص يثير جدلاً حول طبيعته القانونية، فقد ذهب اتجاه لترجيح الطبيعة الاتفاقية للتحكيم[1]، وقد ذهب اتجاه آخر إلى ترجيح الطبيعة القضائية للتحكيم[2] ، وذهب اتجاه أخر إلى ترجيح النظرية المختلطة للتحكيم[3] ، وانتهى اتجاه آخر إلى نظرية استقلال التحكيم[4].

وأمام هذا الخلاف الفقهي حول الطبيعة القانونية للتحكيم، وأمام ظهور عدة آراء ونظريات حول طبيعة التحكيم، سيكون محور دراستنا في المبحث كما يلي:

المطلب الأول: الطبيعة الاتفاقية للتحكيم.

المطلب الثاني: الطبيعية القضائية للتحكيم.

المطلب الثالث: النظرية المختلطة للتحكيم.

المطلب الرابع: نظرية استقلال التحكيم.

---

(1) للمزيد في هذا الشأن انظر: الحواري، أسامة مرجع سابق، ص35 وما بعدها.

(2) "للمزيد في هذا الشأن انظر: هاشم، محمد محمود (1990). النظرية العامة في التحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، ص214 وما بعدها.

(3) للمزيد في هذا الشأن انظر: عبد الله، عز الدين (1986). القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، الطبعة التاسعة، ص20 وما بعدها. كذلك راشد، سامية (1984). التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، ص70 وما بعدها. وكذلك شفيق، محسن (1997). التحكيم التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، ص20 وما بعدها.

(4) للمزيد انظر: هشام، محمد محمود (1985). اتفاق التحكيم وأثره على سلطة القضاء في الفقه الاسلامى والأنظمة الوضعية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، ص102 وما بعدها.

المطلب الأول: الطبيعة الاتفاقية للتحكيم:

ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى ترجيح الطبيعة الاتفاقية للتحكيم من منطلق النظر لمدى تدخل إرادة الأطراف في قيام المحكم بمهمته. حيث إن بدء عملية التحكيم وسيرها حتى صدور الحكم تجد أساسها في اتفاق الأطراف على الالتجاء للتحكيم، ثم في الاتفاق مع المحكمين على الخضوع لما يصدرونه من أحكام[1].

وتذهب هذه النظرية إلى أن طبيعة التحكيم تعاقدية وليست قضائية، فالهدف منه غالباً، إشباع رغبة الأفراد في حل نزاعاتهم بطريقة ودية، وأساسه إرادة الأطراف في النصائح ويتم في صورته العادية وفقاً لقواعد العدالة واستثناءً وفقاً لقواعد القانون، ومن جهة أخرى، فالأفراد باتفاقهم على التحكيم إنما يتفقون ضمناً على التنازل عن اللجوء للقضاء ويخولون تلك السلطة للمحكم وهى سلطة مصدرها إرادة الأطراف[2].

كما استند أنصار هذا الرأي إلى أن أساس التحكيم هو إرادة الخصوم في التصالح ورغبتهم في حل النزاع بطريقة ودية، وأن مصدر سلطة المحكمين في القضاء بين الخصوم هو اتفاقهم ورضائهم بالحكم الذي يصدره هؤلاء المحكمين[3].

وأن المحكمين ليسوا من القضاة ممن لهم ولاية القضاء، وإنما مجرد أفراد عاديين. فلا يعينون من قبل الدولة، ولا يلتزمون بمباشرة التحكيم إلا بقبولهم له ويستطيعون رفضه بعد قبوله ولا يُعدون مع ذلك منكرين للعدالة. وإن كانوا ملتزمين بتعويض الخصم الذي لحقه ضرر من ذلك وفقاً لقواعد

---

(1) الحواري، أسامة مرجع سابق، ص35.

(2) محيسن، إبراهيم، مرجع سابق، ص21.

(3) انظر: فهمي، محمد حامد (1951). تنفيذ الأحكام والسندات التنفيذية، القاهرة، بند53.

المسئولية العقدية إذ لا تطبق عليهم قواعد المخاصمة، كما قالوا بأن المحكمين لا يملكون سلطة الأمر التي يتمتع بها القضاة، فلا يملكون توقيع الجزاءات على الخصوم أو الشهود التي يملكها القضاة، كما لا يستطيعون إلزام الغير بتقديم مستند يكون منتجاً في الدعوى[1]، كما أن المحكم يمكن أن يكون أجنبياً في حين أن القاضي يجب أن يكون مواطناً لأن القضاء وظيفة عامة. كما لا يلتزم المحكمون بقانون وضعي معين إذ أنهم يتقيدون بما يمليه عليهم الأطراف في هذا الشأن، الأمر الذي قد يصل إلى أن يفصلوا في النزاع وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف، كما أنهم لا يتقيدون بإتباع قواعد إجرائية لقانون بعينه أو مراعاة إجراءات المرافعات.

والجدير بالذكر أن محكمة النقض المصرية قد أكدت الطبيعة التعاقدية للتحكيم بشكل صريح في حكمها حيث اعتبرت "أن اختصاص جهة التحكيم بنظر النزاع وإن كان يرتكز أساساً إلى حكم القانون الذي أجاز سلب اختصاص جهة القضاء، أي أنه ينبني مباشرة وفى كل حالة على حدة على اتفاق طرفي التحكيم تكون وحده واحدة مع هذه المشارطة وتنسحب عليها الصفة التعاقدية"[2].

وترى الباحثة أنه يمكننا تلخيص براهين هذه النظرية في الاتي:

- أن المحكمين أفراد عاديين وليسو قضاة تعينهم الدولة.
- أن مصدر سلطة المحكمين في القضاء في النزاع يرجع إلى طابع تعاقدي وهو رضاء الأفراد بحكمهم.
- أن المحكمين يتقيدون بالأشكال الإجرائية، ولا يتمتعون بسلطة الأمر التي يتمتع بها القضاء.

---

[1] راجع أبو الوفا، أحمد، مرجع سابق، بند87 ص200، 201.

[2] نقض مدني 1972/2/15– الطعن رقم 194 السنة 27، الموسوعة الذهبية، الإصدار المدني، الجزء الرابع1982، ص565.

كما ترى الباحثة أن ثمة انتقادات وجهت لهذا الاتجاه، ومنها:

أولاً : لقد بالغت النظرية وتوسعت في الدور الممنوح لإرادة الأطراف، وأنه الأساس في كل مراحل التحكيم وهو ما يميز التحكيم عن القضاء، وهنا نقول أن هذا التحكيم وإن كان يستند إلى اتفاق الخصوم وإرادتهم الحرة في اللجوء إليه، فإن الالتجاء إلى القضاء يستند أيضاً إلى إرادة الخصوم والمتمثلة في المطالبة القضائية، وتقديم طلبات الخصوم، ولا يحكم القاضي إلا بناء على هذه الطلبات، وفي حدوده، كما أنه وإن كانت إرادة الأطراف تلعب دوراً بارزاً في تحديد مكان التحكيم، هكذا يمكن لأطراف الخصومة في القضاء الاتفاق على نزع الاختصاص من محكمة وتثبيته لمحكمة أخرى.

ثانياً: لا نستطيع الذهاب مع النظرية في تغليب إرادة الأفراد وجعلها الأساس وأن الاتجاه لنظام التحكيم لإرضاء ما تريد، خاصة عند مخالفة تلك الإرادة للنظام والآداب العامة، إذ تبقى إرادة الأفراد عاجزة على تلك المخالفة.

ثالثاً: كما أن هذه النظرية قد تجاهلت حقيقة الوظيفة التي يؤديها المحكم، فالمحكم يقوم في الواقع بالوظيفة ذاتها التي يقوم بها القاضي، أي أنه ينتهي في هذا الشأن إلى حكم مشابه للحكم الذي يصدر عن القاضي، لا بما يهوى الأفراد.

المطلب الثاني: الطبيعة القضائية للتحكيم:

يذهب الرأي السائد في الفقه الفرنسي[1]، والرأي الغالب في مصر[2]، أن وظيفة المحكم لا تعدو أن تكون وظيفة قضائية، وأن ما يصدر من المحكم في تلك العملية تعد أعمالاً قضائية، وذلك سواء أكانت صادرة منه طبقاً لقواعد القانون أو صادرة طبقاً لقواعد العدالة والإنصاف.

هذا وقد أسس أصحاب هذا الرأي الطبيعة القضائية للتحكيم، بأن التحكيم هو الأسبق في الظهور من القضاء، فهو يعد بمثابة الشكل البدائي لإقامة العدالة، وهو من سبق تنظيم الدولة للسلطة القضائية التي نعرفها اليوم، ومن ثم إنكار الطبيعة القضائية للتحكيم وقراراته هو في الواقع إنكار لجوهره الحقيقي، كما أنه إذا كان التحكيم يبدأ في مرحلته الأولى بعمل إرادي، ألا وهو شرط أو اتفاق التحكيم، فان هذا العمل لا ينكر طبيعة التحكيم القضائية، فإرادة الأطراف في هذا الشأن، مثل إرادة الأطراف عند اللجوء لقضاء الدولة. لذا فانتفاء صفة العمومية بالنسبة لنظام التحكيم لا يتضمن بالضرورة إنكار الطبيعة القضائية لهذا النظام[3].

مما سبق نجد أن أنصار هذه النظرية، وضعوا مهمة التحكيم وغرضه هو الأساس، حيث إن فكرة المنازعة وكيفية الفصل فيها هي التي تحدد طبيعة العمل الذي يقوم به المحكم باعتباره قاضٍ

---

(1) للمزيد انظر: هاشم، محمد محمود، مرجع سابق، ص214، هامش1.

(2) للمزيد انظر: عبد الخالق، محمد عمر (1976). نظام القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، جزء1، ص108، وكذلك الشرقاوي، عبد المنعم (1950). شرح قانون المرافعات المدنية، دار الفكر العربي، القاهرة، بند 464 ، ص633.

(3) للمزيد حول هذا الرأي انظر: رضوان، أبو زيد (1980). الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي، ج4، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت السنة 4 عدد 2، إبريل، ص27 هامش73، 74، 75.

يختاره الخصوم ليقول حكم القانون بينهم. فمهمة المحكم تكمن في الفصل في المنازعة، وهو هنا يؤدى وظيفة القاضي.

وقد ذهب البعض أيضاً إلى أن المحكم يستمد سلطة الفصل في النزاع من قانون الدولة الذي سمح له بالتحكيم كوسيلة لحسم المنازعات بين الأفراد، ولذلك تتدخل الدولة لتراقب سلامة إجراءات التحكيم، وسلامة الحكم والسماح بالطعن فيه أمام القضاء، وتنظيم الإجراءات اللازمة لتنفيذ أحكام المحكمين[1].

هذا وإن كان هناك ممن أخذوا بهذه النظرية القضائية ولكن انتقدوا الحجج والأسانيد التي يراها أنصار هذه النظرية، فهي أسانيد لا تخدم هذه النظرية، فقد ذهب هذا الجانب ُيعد عمل المحكم قضائياً بصرف النظر عن تلك الحجج السابق عرضها، وقد قالوا أيضاً بأن وظيفة القاضي ليست حل المنازعات بحكم حاسم كما ذهب أنصار النظرية القضائية. والدليل على ذلك أن النظرية التقليدية التي تُعرف وظيفة القضاء بأنه الفصل في المنازعات بحكم حاسم أصبحت تلاقى نقداً حاسماً في الفقه الإجرائي الحديث، الذي كشف أن وظيفة القضاء حماية القانون، في حين أن المحكم قد يتحلل من تطبيق قواعد القانون الوضعي، كما أنه ليس بالضرورة أن يلتزم المحكم بمنهج إجرائي معين كما هو الحال في التحكيم الحر.

كما أن اعتراف القانون بعقد التحكيم لا ينفى أن هذا العقد هو المصدر المباشر لسلطة المحكمين، وأن القانون هو المصدر غير المباشر لها. وفى شأن القول بحجة حجية الأمر المقضي في

---

[1] انظر: خليفة، محمد سعد (1998). عقد التحكيم، دار النهضة العربية، ص20.

العملية فهي مختلفة، والدليل على ذلك أنه لا يجوز رفع دعوى أصلية بطلب بطلان أحكام المحاكم؛ لأن الحجية ودعوى البطلان نقيضان لا يتقابلان، كما أن لأطراف التحكيم الاتفاق على ما يتعارض مع حجية حكم المحكم لأنها ليست من النظام العام [1].

هذا ولا تؤيد الباحثة تلك النظرية للأسباب التالية:

- لا يملك المحكم أثناء نظره النزاع سلطات القاضي، ومن أهم تلك السلطات، سلطة الإلزام، فلا يملك المحكم أن يلزم شاهداً بالحضور، وبالتالي فلا يملك المحكم الصفة القضائية.
- هناك اختلاف بين وظيفة القاضي والمحكم، فالمحكم دوره الرئيس والأساس حسم النزاع بين الطرفين، حتى لو تطلب ذلك الخروج عن القانون الوضعي، وذلك على عكس القاضي الذي يحكم لحسم النزاع ولكن بتطبيق القانون الوضعي بكل ما يتخلل تطبيقه من مراحل إجرائية لا يستطيع الخروج عنها، ولكن يمكن للمحكم التحلل منها.

المطلب الثالث: النظرية المختلطة للتحكيم:

يرى أنصار هذه النظرية أن التحكيم لا يمكن أن نسبغ عليه الطبيعة التعاقدية البحتة ولا الطبيعة القضائية البحتة، بل إن التحكيم يعد مزيجاً بين هاتين النظريتين، فوظيفة المحكم قضائية في طبيعتها وموضوعها، ولكن يبقى مصدر تلك الوظيفة نابعاً من اتفاق الأطراف على التحكيم، هذا فضلاً عن كون القرار الذي يصدره المحكم يعطى قوة إلزامية تختلف عن القوة الإلزامية للعقد.

---

[1] انظر: إبراهيم، على سالم (1997). ولاية القضاء على التحكيم، دار النهضة العربية، ص96 وما بعدها.

هذا وقد أيد جانب من الفقه الطبيعة المختلطة للتحكيم، فالبعض منهم يرى[1]، أن بداية التحكيم اتفاق ثم يصير هذا الاتفاق إجراء ثم ينتهي بقضاء هو قرار التحكيم.

وعلى ذلك فالتحكيم ليس اتفاقاً محضاً، ولا قضاءً محضاً، وإنما هو نظام يمر بمراحل متعددة، يتخذ في كل مرحلة من تلك المراحل طابعاً مختلفاً، فهو في أولها اتفاق وفى أوسطها إجراء، وفى آخرها حكم[2].

هذا ويعيب أنصار هذه النظرية على النظرية العقدية والقضائية أن كلتيهما أرادتا أن تصف نظام التحكيم في مجموعة وصفاً واحداً، بينما هو في الحقيقة نظام مختلط حيث يبدأ باتفاق ثم إجراء ثم ينتهي بقضاء هو قرار التحكيم[3].

بمعنى أن أنصار هذه النظرية يقفون موقفاً وسطاً بخلاف النظريتين السابقتين اللتين تتخذان موقفاً متشدداً في تحديد طبيعة التحكيم، فالتحكيم في نظر أنصار هذه النظرية، نظام تتعاقب عليه صفتان، وهما (الصفة التعاقدية) وهذه تبدو واضحة في اختيار الخصوم للتحكيم كنظام للتقاضي وإحجامهم عن التوجه لقضاء الدولة وكذلك في اختيارهم القانون الذي سيحكم إجراءات التحكيم موضوع النزاع، غير أن هذا الطابع التعاقدي يبدأ في الأول تدريجياً ليتخذ شكلاً قضائياً (الصفة

---

(1) Ph. Fouchard, larbitrage commercial international, op. cit, 19; R David, larbitrage dans le commerce international, op, cit, 109.

للمزيد في هذا المعنى من الجانب المصري انظر: الأستاذ الدكتور/ عبد الله، عز الدين، المرجع السابق، ص20. والأستاذة الدكتورة راشد، سامية، المرجع السابق، ص70.

(2) انظر: شفيق، محسن، المرجع السابق، ص20.

(3) المواجده، مراد (2010). التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، دار الثقافة للنشر، عمان، ص34.

القضائية) منذ بداية التحكيم وتكتمل له هذه الصفة بفضل تدخل الدولة ومنح الحكم الصادر من المحكمين أمر التنفيذ.

وانتقد اتجاه من الفقه أصحاب تلك النظرية، أنهم قد اختاروا الحل الأسهل ولم يتصدوا إلى جوهر المشكلة ذاتها وأن ربطهم بين حجية الأحكام وبين قوتها التنفيذية غير دقيق، ولا يوجد علاقة له بحيازة حكم التحكيم لحجيته أم لا، كما أن هذا الربط يهدر كل قيمة لنظام التحكيم [1].

وترى الباحثة أنه أياً ما كان الأمر فأصحاب هذه النظرية لهم حجتهم التحليلية لنظام التحكيم وهم يقفون وسطاً بين النظريتين الاتفاقية والقضائية، وهو أمر محمود، وذلك لتشجيع الاتفاق على التحكيم وخاصة في التجارة الخارجية ومتطلباتها الخاصة، فإعطاء الصفة التعاقدية لطبيعة التحكيم تضع في نفوس الأفراد تميز نظام التحكيم عن باقي أساليب فض المنازعات، لأنه في تلك الحاجة يحقق رغباتهم في الاتفاق بكامل حريتهم على جميع أركان التحكيم بدءاً من اتفاق التحكيم وصولاً لصدور الحكم وتنفيذه.

المطلب الرابع: نظرية استقلال التحكيم:

يذهب أصحاب هذه النظرية إلى أن عمل المحكم وإن كان شديد الشبه مع العمل القضائي، فإن للمحكم استقلاله التام[2]، فهو لا يستمد سلطته القضائية من قضاء الدولة (أي أن إرادة الأفراد في اختيار المحكم واللجوء إلى التحكيم هي مصدر سلطة المحكم، بينما يستمد القاضي سلطته من قضاء

---

(1) انظر: هاشم:، محمد محمود، النظرية العامة في التحكيم في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص219.

(2) انظر: هشام، محمد محمود (1985). اتفاق التحكيم وأثره على سلطة القضاء في الفقه الاسلامى والأنظمة الوضعية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، ص137.

الدولة) وقد سبق التحكيم قضاء الدولة في الظهور، وذلك لظهور التحكيم وانتشار دوره بين الأفراد في حل منازعاتهم قبل أن ينظم قضاء الدولة ويصبح له دوره في الفصل في النزاعات بين الأفراد.فالتحكيم طبقا لهذه النظرية له طبيعته الخاصة. هذه الطبيعة لا يمكن تفسيرها في ضوء المنهج التقليدي سواء بردها إلى سلطة القضاء أو إلى إرادة المحتكمين. لأن التحكيم يسعى إلى تحقيق العدالة على أسس تختلف عن مفهوم العدالة أمام قضاء الدولة[1].

وقد وجهت لهذه النظرية بعض الانتقادات، ومنها أن هذه النظرية لا تقوم على التأصيل المنطقي السليم للأعمال القانونية، فالأعمال القضائية تعتبر أعمالاً مستقلة، وكذلك التصرفات القانونية تعتبر أعمالاً قانونية مستقلة. إذ أن الاستقلال لا يدل عن طبيعة العمل. وإنما طبيعة العمل هي التي تجعله مستقلاً أو غير مستقل[2].

وترى الباحثة أن ملخص المقصود بنظرية استقلال التحكيم أن المحكم أثناء ممارسة عمله يستمد سلطته من إرادة الأطراف وذلك عكس القاضي الذي يستمد سلطته من قضاء الدولة، كما ترى الباحثة أن النقد الذي وجه لأصحاب تلك النظرية محل نظر إذ أن طبيعة عمل القاضي لا تجعله في حد ذاته مستقلاً أو غير مستقل كما قال منتقدي هذه النظرية. بل ترى الباحثة أن صفة الاستقلال قد تجعلنا نطلق على العمل بالمستقل، فطبيعة عمل القاضي تتطلب الحيدة والاستقلال وهاتان الصفتان تجعلنا بالضرورة أن نقرر تلقائياً أن عمل القاضي ذو طبيعة مستقلة. (أي استقلال القاضي عن أي مصدر يستمد منه سلطته حتى وإن كان قضاء الدولة).

---

(1) انظر: إبراهيم، على سالم، مرجع سابق، ص102 وما بعدها.

(2) انظر: إبراهيم، على سالم، مرجع سابق، ص105.

إن الأصل الذي ينتمي إليه العمل القضائي وهو أن القاضي يستمد سلطته القضائية من قضاء الدولة، وهو التنظيم الذي وضعته الدولة في سبيل رصد هيمنتها وسلطتها وسيادتها على إقليمها، وهذا التنظيم للعمل القضائي برمته استمدته الدولة وكفلته في ضوء دستور الدولة، فالدولة لم تضع القوانين إلا بناءً على رغبات كثيرة قد تكون اجتماعية أو اقتصادية أو سياسية دعت إليها الحاجة.

أما مسألة أن قانون بعينه فيه من الهيمنة والسلطة بجميع صورها من الدولة، فإن هذا قد يعنى أن الجهة التي سوف تنفذ قواعد مثل هذا القانون لابد وأن تستمد جميع سلطاتها من الدولة ذاتها فكانت هذه الجهة هي قضاء الدولة بصورته المعروفة والمعهود عليها.

وتذهب الباحثة إلى أنه مما لا شك فيه أن لكل من النظريات السابقة ما يحمل بين طياته فكراً مستنيراً من الفقه أو القضاء. ولكن بالنظر إلى الموضوع برمته من الناحية العملية يتضح لنا وبجلاء وبما لا يدع مجالاً للشك أن واقع ما تمر به التجارة الخارجية الآن، من سيطرة الدول العظمى على مقاليدها بما في ذلك انتشار العقود ذات الشكل النموذجي التيدائما ما تَفرض على أطرافها التحكيم كوسيلة وحيدة لفض المنازعات التي تنشأ بينهم، وذلك دون أن يكون هناك لدى البعض من أطرافها الرغبة الحقيقية في هذا الاتجاه، وذلك إلى جانب إذعان بعض الدول النامية لتلك العقود دون أن يكون لها حرية حقيقية لمناقشة بنود العقد، سواء كان ذلك رغبة منها في محاولة تنمية اقتصادياتها أو لانتشار هيئات ومراكز التحكيم الدائمة في كثير من الدول المتقدمة، مما أدى بدوره إلى تدهور قيمة الحرية الاتفاقية في جميع مراحل التحكيم.

إذ تُدفع الدول النامية لإبرام هذه العقود دون مناقشة لبنودها، إلى جانب أنه في حالة نشوء النزاع تجد الدول النامية نفسها أمام هيئات التحكيم التي تقوم بتولي جميع عمليات التحكيم منذ بحث

اتفاق التحكيم حتى تمام صدور الحكم مما يؤدى إلى تقلص حرية الأطراف أيضاً حتى في اختيار المحكمين الذين يتولون العملية التحكيمية، وذلك نظراً لوجود نظام القوائم المتبع في كثير من هذه الهيئات فضلاً عن إذاعانهم للشروط النموذجية للعقد بناًء على اتفاقهم السابق.

ومع ذلك فإن إسباغ نظرية الطبيعة القضائية على جميع مراحل العملية التحكيمية أمر محل نظر أيضاً، إذ أنه لا يمكن إغفال الدور التعاقدي الذي يمر به اتفاق التحكيم في بدايته من تحديد القانون واجب التطبيق واختيار الأطراف لمكان التحكيم، واختيار المحكمين والإجراءات المتبعة وصولاً إلى الحكم النهائي، فهي ليست قضاء أصيلاً للتجارة الدولية.

وبالنظر إلى نظرية الطبيعة المختلطة للتحكيم، نجد أن تلك النظرية قد أخذت بأيسر الحلول، في محاولة للتوفيق بين النظريتين العقدية والقضائية، وكأنه إجباراً ألا تخرج طبيعة التحكيم عن هاتين النظريتين، وأن التسليم بالطبيعة العقدية في نشأة التحكيم وبدايته ثم ينتقل فيحمل النزعة القضائية في نهايته أمر محل النظر، إذ أنه من المسلم به أن طبيعة الشيء جزء لا يتجزأ من كل الشيء.لذلك ترى الباحثة أن التحكيم هو قضاء خاص بكل ما تحمله هذه الكلمة من معاني وذلك للأسباب الآتية:

أولاً: من المعلوم أن الحياة قديماً كانت ترتكز على مبدأ سلطان القوة كأساس لحماية حقوق الأفراد، وكان العامل الأساسي في ذلك العادات والتقاليد القبلية، ولكن بالرغم من عدم وجود سلطة قضائية، إلا أن السلطة كانت تتجمع في يد شيخ القبيلة، وكان من المعتاد أن يلجأ الأفراد في نزاعاتهم إلى التحكيم بينهم، فيتفقوا على محكم يحكم بينهم. ومن هذا يتضح لنا أن فكرة التحكيم نشأت أساساً لكي تقضى بين الأطراف في نزاعاتهم، فهو قضاء قديم، يختلف في أسانيده القانونية، وإجراءاته، ونظام تعيين المحكمين فيه، عن فكرة القضاء الحالي بمنظومته المعروفة،

وهذا الاختلاف سواء كان في أسلوب تطبيق القاضي للقانون أو طريقة تعيين القضاة، ولذلك فإنه من الخطأ أن نضفي على التحكيم ثوب القضاء الحالي.

ثانياً: بالنظر إلى التحكيم ككل نجد أن العنصر الإرادي هو العنصر الغالب في المرحلة الأولى للتحكيم، وهو ما يؤكد الطبيعة الخاصة لهذا القضاء.

ثالثاً: إن الطبيعة القانونية للتحكيم ظاهرة بجلاء في أحكام المحاكم، إذ قررت تلك الأحكام في أكثر من موضع لها "أن التحكيم هو طريق استثنائي سنه المشرع لفض الخصومات قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية"[1].

هذا وقد أسبغت بعض أحكام القضاء على التحكيم صفة القضاء، وهو ما أكده القضاء في وصفه لأسلوب المحكم وطريقة معالجته لعملية التحكيم، حيث قرر القضاء في حكم له وهو بصدد تصديه لمخالفة المحكم للقانون واجب التطبيق على النزاع وفق اتفاق الأطراف" وكان من الثابت من حكم التحكيم أنه لم يطبق في قضائه في النزاع قواعد العدالة والإنصاف"[2]، وبهذا أعطت أحكام القضاء للمحكم صفة القاضي التي يتمتع بها عند مباشرته للعملية التحكيمية هذا فضلاً عن وصفها لحكم التحكيم" بأن شأنه شأن أحكام القضاء" [3].

---

[1] الطعن رقم 4173 لسنة 61ق والصادر بتاريخ 1997/6/21م الدائرة المدنية- محكمة النقض، جمهورية مصر العربية، حكم غير منشور.

[2] الطعن رقم 5539 لسنة 66ق والصادر بتاريخ 1998/7/11م الدائرة المدنية- محكمة النقض - جمهورية مصر العربية، حكم غير منشور.

[3] الطعن رقم 10350 لسنة 65 ق والصادر بتاريخ 1999/3/1م الدائرة المدنية- محكمة النقض- جمهورية مصر العربية، حكم غير منشور.

الفصل الثالث

القواعد القانونية الموضوعية الواجبة التطبيق على التحكيم

يتنوع التحكيم إلى تحكيم مؤسسي وفيه يتم إحالة النزاع إلى مؤسسة تحكيم متخصصة في إدارة شئون التحكيم[1].

وهناك ما يسمى بالتحكيم الفردي وهو ما يلجا فيه أطراف النزاع إلى أشخاص محكمين للفصل في النزاع، وأساس هذه التفرقة هو اتفاق التحكيم ذاته. فحيث يشير الاتفاق إلى تسوية النزاع عن طريق مؤسسة تحكيمية، نكون أمام تحكيم مؤسسي وإلا كان التحكيمفردياً [2].

هذا ومما لا شك فيه أن القواعد الإجرائية تختلف تماماً عن القواعد الموضوعية، لذا كان على واضعي القواعد الدولية التي تحكم إجراءات التحكيم أن يجهدوا أنفسهم في وضع هذه القواعد ويتركوها وفقاً للقانون المطبق على موضوع النزاع، كما أنه بتطبيق هذه القاعدة فإنها تؤدى إلى عدم الاعتراف بعمل المراكز والهيئات الدائمة للتحكيم، والتي تقوم بتطبيق القواعد الإجرائية النافذة فيها مع إعمال القانون الذي اتفقت عليه الأطراف لكي يطبق على موضوع النزاع جنباً إلى جنب، لذلك فقد يلجا المحكم وخاصة فيالتحكيمات الدولية أن يطبق المحكم قانوناً خاصاً بإجراءات النزاع وقانوناً آخر خاص بالتطبيق على موضوع النزاع.

لذا يحسم المحكم النزاع المعروض عليه طبقاً لقواعد القانون الذى يختاره الأطراف وفى بعض الحالات طبقاً لما يراه مناسباً مع الاخذ بالاعتبار ماجاء فى الأعراف التجارية. ويقوم المحكم الدولى

---

[1] مثال ذلك غرفة التجارة الدولية في باريس.

[2] قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي عام 1985.

باختيار القانون الأكثر ملائمة لحكم موضوع النزاع، ويلجأ المحكم إلى العديد من الوسائل للبحث عن القانون الواجب التطبيق منها: اللجوء إلى المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص أو من خلال فحص قواعد تنازع القوانين فيما يتعلق بالقوانين المقترحة للتطبيق أو من خلال النظر إلى طبيعة وخصائص العقد المبرم بين الأطراف.

وسوف نتناول هذا الفصل في مبحثين كالتالي:

المبحث الأول: القواعد الموضوعية التي تحكم هيئة التحكيم.

المبحث الثاني: القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق على النزاع التحكيمي.

المبحث الأول

القواعد الموضوعية التي تحكم هيئة التحكيم

تعد هيئة التحكيم ركناً جوهرياً في التحكيم، ولا يتصور قيامه بدونها، والأصل أن يتفق طرفا التحكيم على هيئة التحكيم، إلا أن عدم اتفاقهما عليها لا يؤدي إلى بطلان اتفاق التحكيم، حيث إن القانون قد رسم الطريق إلى تحديدها في حال تخلف هذا الاتفاق[1].

وهناك إجراءات تتم فى اختيار وتشكيل هيئات التحكيم، حيث تختلف أساليب وأنظمة التحكيم الدولية بخصوص تشكيل هيئات التحكيم، فمنها من يعطى للأطراف سلطة كبيرة فى اختيار المحكمين، ومنها مايباشر بنفسه سلطة واسعة فى اختيار المحكمين، مع تقليص دور الأطراف المتنازعة.

ولا يكفي اختيار هيئة التحكيم وحده لقيامها بواجبها في الفصل في النزاع الذي اختيرت له، وإنما يلزم لذلك القبول لهذه المهمة وفقاً لما يحدده القانون، هذا ما يثير الحديث عن ضوابط اختيار المحكمين، وهذا ما سوف نتحدث عنه في المطالبين التاليين:

المطلب الأول: ضوابط اختيار المحكمين.

المطلب الثاني: القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع.

---

[1] مضمون المادة رقم (1) من القانون الكويتي رقم 11 لسنة 1995 بشأن التحكيم القضائي في المواد المدنية والتجارية.

المطلب الأول: ضوابط اختيار المحكمين:

وفقاً لما يتمتع به المحكم من مسئولية في نظام تحكيم المنازعات ومساندته للقضاء في تحقيق العدالة، فإنه يجب أن يتوافر في المحكم كل الشروط والمؤهلات اللازمة لاعتلائه منصة التحكيم، بحيث يصبح محكماً عادلاً ملماً بجميع المسائل التفصيلية والمتعلقة بطبيعة النزاع المعروض والآثار القانونية المترتبة عليه، ومعرفته بالحقوق والالتزامات الواجبة عليه، ويعين المحكم أو المحكمون بموجب اتفاق التحكيم، أو من قبل القضاء.

فقوانين التحكيم نصت على عدة ضوابط يشترط توفرها في المحكم حتى يكون أهلاً لتولي مهمة التحكيم، وهذه الشروط هي:

الشرط الأول: يجب أن يكون المحكم كامل الأهلية القانونية:

تشترط معظم القوانين صراحة وجوب كمال أهلية المحكم، وتحدد أهلية المحكم وفقاً لقانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، فقد نص قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي في المادة 174 بأنه "لا يجوز أن يكون المحكم قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب عقوبة جنائية أو مفلساً لم يرد إليه اعتباره".[1]

---

[1] المادة (174) القانون الكويتي رقم 38 لسنة 1980 بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية.

وكذلك نصت المادة 15/ أمن قانون التحكيم الأردني على أنه "لا يجوز أن يكون المحكم قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو بسبب إفلاسه ما لم يرد إليه اعتباره"[1]

ويتضح لنا من نص المادتين السابقتين ضمنياً أن المشرع قد اشترط أن يكون المحكم شخصاً طبيعياً، فلا يجوز أن يعهد بالتحكيم لشخص اعتباري أو معنوي، حيث لا يتصور أن يتولى الشخص المعنوي مهام التحكيم وإصدار حكم في المنازعة، وإمكان ذلك لا يمنع من قيامه بتنظيم عملية التحكيم عند اللجوء إليه لهذه المهمة إذا كان مركزاً أو مؤسسة تحكيمية.

كما يتضح لنا أيضاً من هذا الشرط حرص المشرع على أن تكون عملية التحكيم أكثر اتقاناً وأقرب إلى حسم النزاع، كون تلك المهمة من المهمات الصعبة نوعاً ما، لذا فإن كامل الأهلية القانونية أقدر من ناقصها على وزن الأمور والقيام بتلك المهمة على أكمل وجه، لذا لا تجيز القوانين أن يكون المحكم محجوراً عليه أو مجرداً من حقوقه المدنية، لسبب من الأسباب: كالمحكوم عليه بجنحة، أو جناية مخلة بالشرف، أو بسبب إشهار إفلاسه، ما لم يرد إليه اعتباره[2].

الشرط الثاني: حياد وإستقلال المحكم:

يتوجب على المحكم أن يكون محايداً وهو بصدد قيامه بالمهمة التحكيمية الموكلة إليه، وعليه أن يقوم بها بكل تجرد ونزاهة فلا يميل أو يتحيز أو يتعاطف مع أي من المحتكمين أو ضده،

---

(1) المادة رقم (15) قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 .

(2) انظر: البياتي، علي، مرجع سابق، ص115.

والاستقلال معناه ألا توجد للمحكم أية صلة أو ارتباط بموضوع النزاع أو بإحدى المحتكمين أو ممثليهم قد تدفعه إلى التحيز [1].

والحياد مسألة شخصية تختلف من شخص لآخر، ولأهمية هذه المسألة تشترط بعض الهيئات أن يكون المحكم من جنسية تختلف عن جنسية أطراف النزاع، وهذا الشرط يكون توخياً للحياد وعدم انحياز المحكم للطرف الذي يتحد معه في الجنسية، ومن هذا القبيل أيضاً عدم جواز أن يتولى أحد خصمي النزاع التحكيم، لكي لا يكون خصماً وحكماً في آن واحد، ولا يجوز كذلك لمن له مصلحة كالكفيل والدائن، وتلك الشروط ليست من النظام العام، فيجوز باتفاق الطرفين تعيين أي شخص من المحظورين في الشروط السابقة، ولكن بعلم الطرف الآخر ورضاه[2].

الشرط الثالث: قبول المحكم لمهمته:

أوجبت المادة 178 من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي بأنه " مع عدم الإخلال بما نص عليه في المادة السابقة أو أي قانون آخر يشترط أن يقبل المحكم القيام بمهمته ويثبت القبول كتابة "[3] وكذلك المادة 15/ج من قانون التحكيم الأردني بأن يكون قبول المحكم القيام بمهمته كتابةً، ويجب عليه أن يفصح عند قبوله عن أي ظروف من شأنها إثارة شكوك حول حيدته واستقلاله "[4].

ويتضح لنا من ذلك أن المشرع الكويتي والأردني لم يحددا شكلاً معيناً لهذه الكتابة، فمن الجائز أن تتم في صلب عقد التحكيم أو في صورة خطاب يرسله المحكم إلى المحتكمين أو شروع المحكم في

---

(1) عبد الرحمن، هدى محمد (1997). دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار النهضة العربية، القاهرة، ص102.

(2) انظر: البياتي، علي، مرجع سابق، ص117.

(3) المادة (178) القانون الكويتي رقم 38 لسنة 1980 بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية.

(4) المادة رقم (15) قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 .

القيام بالمهمة أو القيام بها بالفعل بما يقطع في الدلالة على قبوله لها أو دعوة المحكم المحتكمين إلى أن يكون كذلك معاصراً لاتفاق التحكيم أو بعد قيام النزاع.

الشرط الرابع: أن يكون المحكم مؤهلاً:

تشترط بعض القوانين أو العقود الثنائية بين الأطراف أن تتوفر في المحكم مؤهلات معينة كأن يكون محامياً مثلاً أو تاجراً بالنسبة للنزاعات التجارية[1].

ويختلف الوضع بعض الشيء بالنسبة لهيئات التحكيم المتخصصة، فنجدها تحاول أن تضيف عادة شروطاً إضافية، وذلك لكي تجعل التحكيم لديها يتم من قبل محكمين أكفاء يتمتعون بالحياد والنزاهة، فتشترط مثلاً :

أولاً : أن يكون المحكم مسجلاً ضمن قوائم المحكمين التي تعدها تلك الهيئات.

ثانياً: القيام بالاختيار الدقيق للمحكمين، فتنص بعض هيئات التحكيم المتخصصة مثلاً على أن اختيار المحكمين يجب أن يكون على أساس ما يتمتعون به من تجارب، أو كفاءات مهنية وقانونية، وكذلك ما يتحلون به من تجرد، أو خبرة عالية، أو اطلاع واسع[2].

---

[1] سامي، فوزي، مرجع سابق، ص155.

[2] انظر: البياتي، علي، مرجع سابق، ص119.

المطلب الثاني: القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع:

لقد منحت قوانين التحكيم في جميع القوانين الناظمة له كامل الحرية للأطراف لاختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع، وإلا فإن الأمر يترك للمحكم الذي يختاره الأطراف لاختيار القانون الأكثر ملاءمة لحل النزاع مع مراعاة شروط العقد والأعراف الدولية في هذا المجال[1]، ومن ذلك ما نصّت عليه لائحة غرفة التجارة الدولية لعام 1975م، والتي تتضمن موادها النص على حرية المحكم في البحث عن القانون الواجب التطبيق، مؤكدة على أنه في حال غياب قانون الإرادة الصريحة أو الضمنية يطبق المحكم القانون الذي تحدده قاعدة تنازع القوانين التي يراها ملائمة في هذا الخصوص[2].

وفى هذا السياق تضمنت اتفاقية واشنطن أن هيئة التحكيم تفصل في النزاع وفقاً لقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفى حالة عدم وجود اختيار من قبل الأطراف، تطبق هيئة التحكيم قانون الدولة الطرف في النزاع، بما فيه قواعد تنازع القوانين، وقواعد القانون الدولي الخاص التي يمكن تطبيقها. ويتضح لنا أن هذا النص يتناول القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع[3].

---

(1) صادق، هشام علي (1967). مركز القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، ص136.

(2) المادة (3/13) من لائحة غرفة التجارة الدولية، باريس، لعام 1975م.

(3) المادة الثانية والأربعين من اتفاقية واشنطن، بشأن تسوية منازعات الاستثمار، 1971م.

اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمارات عبارة عن اتفاقية تحكيم لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات. وتتميز هذه الاتفاقية بكونها نجحت في تحقيق ضمان تشريعي هام يجتذب الاستثمار الأجنبي، و يعد بمثابة ضمانة للمستثمر ضد التغير التشريعي في البلد التي يستثمر فيها أمواله حيث أنها أصبحت ملزمة وفقا للاتفاقية بقاعدة تشريعية مستقرة من صميم قانونها الداخلي باللجوء إلى التحكيم.

أما فيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق على الإجراءات، فقد نصت الاتفاقية على خضوع هذه الإجراءات لنصوص الاتفاقية، والتي تشكل نصوصها الإجرائية[1]، نصوصاً آمرة لا يمكن الاتفاق على مخالفتها. وقد نصت تلك المواد على خضوع الإجراءات كذلك إلى قواعد تحكيم المركز السارية في تاريخ الرضاء بالتحكيم، وذلك ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك، أما قواعد رفع الدعوى أمام المركز فهي قواعد آمرة، ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها[2].

والجدير بالذكر أنه لا يشترط أن يكون هذا القانون قانون دولة معينة، إذ نصت الاتفاقية على "قواعد القانون "rules of law" التي يختارها الأطراف، وهكذا قد يختار الأطراف قانون دولة معينة، سواء كانت الدولة المضيفة للاستثمار أو دولة ثالثة، وقد يختار الأطراف القانون الدولي ليطبق على علاقتهم، أو قواعد قانون التجار [3].

ولا يتوقف الأمر عند هذا الحد بل للأفراد كذلك اختيار عدة أنظمة قانونية يمكن تطبيقها في ذات الوقت، فيجوز لهم إدماج أحد القوانين الوطنية مع أحكام القانون الدولي أو إخضاع العلاقة بينهم إلى عدة قوانين، وهو ما يعرف في فقه القانون الدولي الخاص باسم تجزئة العقد أو depecage du contrat[4].

---

[1] تتضمن تلك النصوص مواد الاتفاقية بداية من المادة الواحدة والأربعين وحتى المادة السابعة والأربعين.

[2] المادة الرابعة والأربعون من اتفاقية واشنطن.

[3] Berthold Goldman, "Le droit applicable selon la Convention de la BIRD du 18 mars 1965 pour le reglement des differends relatives aux investissements enter Etats et ressortissants d autres Etats". In "Investissements etrangers et arbitrage entre Etats et personnes privees, La Convention BIRD du 18 mars 1965", CRDMI- Faculte de droit et de sciences economiques de Dijon, paris, pedone, 1969, p.133, spec. p. 145.

[4] Schreuer, Commentary on the ICSID Convention, Article 42, FILJ, Vol, !2, no, 1, 1997, p, 412-417.

ويلاحظ أن هذه الاختيارات التي أشار إليها الفقهاء تفترض وجود عقد مبرم بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي يحتوى على اتفاق بشأن القانون واجب التطبيق.

ونتساءل عن كيفية اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع التحكيم:

يعد وجود اتفاق على القانون واجب التطبيق على التحكيم ضمن نصوص العقد المبرم بين الأطراف هو الطريقة التقليدية بل "الطبيعية" وفقاً لتعبير أحد الفقهاء[1]، التي يتفق بها الأطراف على القانون واجب التطبيق على النزاع.

الاختيار الضمني أو استخلاص إرادة الأطراف:

أثيرت أثناء صياغة الاتفاقية مسألة مدى جواز استخلاص الاتفاق الضمني للأطراف على القانون واجب التطبيق من الوقائع وظروف العلاقة القائمة بين كل من الدولة والمستثمر. وقد رفض بعض الفقهاء هذا الاتجاه وذهبوا إلى ضرورة أن يكون اختيار الأطراف صريحاً، وإلا كنا بصدد حالة غياب قانون اتفق عليه الأطراف الأمر الذي يتعين معه تطبيق العبارة الثانية من الفقرة الأولى من المادة الثانية والأربعين[2] من لائحة غرفة التجارة الدولية لعام 1975م[3].

---

[1] Schreuer, Commentary on the ICSID Convention, Ibid p, 422.

[2] مضمون تلك المادة هو تطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار ومبادئ القانون الدولي على النزاع في حالة غياب نص خاص بالقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع أو غياب اتفاق صريح عليه.

[3] Berthold Goldman, "Le droit applicable selon la Convention de la BIRD op.cit, p,144.

وهنا نكون أمام عدة احتمالات:

أولاً: أن تنص الاتفاقية أو قانون الاستثمار الذي تأسس عليه اختصاص المركز على القانون واجب التطبيق على النزاع، وهنا يعد القانون واجب التطبيق جزءاً من إيجاب الدولة الذي عبرت عنه من خلال إحدى هاتين الوسيلتين، ويكون قبول المستثمر لهذا الإيجاب من خلال مستند خاص أو من خلال تقديم طلب التحكيم- قبولاً لكافة عناصر هذا الإيجاب ومنها القانون واجب التطبيق[1]، "وهكذا يكون النص الخاص بالقانون واجب التطبيق اختيارا للقانون اتفق عليه الأطراف"[2].

ثانياً: إذا لم تتضمن الاتفاقية أو القانون الوطني نصاً خاصاً بالقانون واجب التطبيق على النزاع واتفق الأطراف على ذلك القانون صراحة بعد نشوب النزاع، وهذا الاحتمال جائز لأن الاتفاقية لم تتطلب توقيتاً محدداً لاختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق على النزاع الناشئ فيما بينهم. ولقد ذهب أغلب الفقه إلى جواز الاتفاق على القواعد واجبة التطبيق إما في عقد الاستثمار قبل نشوب النزاع أو بعد نشوبه أثناء التعبير عن الرضاء بالتحكيم أو حتى أثناء سير إجراءات التحكيم[3].

هذا وقد أشار بعض الفقهاء[4]، إلى الحكم الصادر في قضية Benvenutti & Bonfant ضد دولة الكونغو كمثال على هذه الحالة وكانت الأطراف قد اتفقت خلال الإجراءات على تخويل

(1) Schreuer, Commentary on the ICSID Convention, Article p, 433.

(2) Ibid, Commentary on the ICSID Convention, Article p, 410,422.

(3) Ibid, Goldman, "Le droit applicable selon la Convention de la BIRD" p,142.

(4) Schreuer, Commentary on the ICSID Convention, Article p, 422- 423.

المحكمين سلطة الفصل في النزاع وفقاً لقواعد العدل والإنصاف، وعلى الرغم من أن هذا الاختيار لا يتعلق مباشرة بالاتفاق على القانون واجب التطبيق، إلا أن الفقه قد استنتج منه جواز الاتفاق على ذلك القانون أثناء سير الإجراءات.

ثالثاً: في حالة عدم وجود نص يتضح منه القانون واجب التطبيق على النزاع، وفى هذه الحالة تستخلص هيئة التحكيم وجود اتفاق ضمني بين الأطراف بشأن ذلك القانون(1).

رابعاً: في حالة عدم وجود نص يتضح منه القانون واجب التطبيق على النزاع إلى جانب عدم وجود اتفاق لاحق على قيام النزاع بين الأطراف لاختيار ذلك القانون. وفى هذه الحالة يسرى على النزاع القانون الداخلي للدولة المضيفة وقواعد التنازع التي اشتمل عليها وقواعد القانون الدولي العام.

خامساً: في حالة وجود عقد مبرم يتضمن شرطاً يحدد القانون واجب التطبيق مع تأسيس اختصاص المركز على اتفاقية لحماية وتشجيع الاستثمار. وقد يبدو منطقياً في هذه الحالة تطبيق القانون الذي اختاره الأطراف في العقد ليطبق على النزاع القائم بينهم إلا أن قضاء المركز لم يتبع هذا الحل الذييبدو بسيطاً .

وترى الباحثة أن من مشكلات تحديد القانون واجب التطبيق نتجت عن الخلط بين كل من القانون واجب التطبيق على مسألة الاختصاص، وبين القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع.

---

(1) ويستخلص ذلك من خلال دفوع الأطراف وسلوكهم أثناء نظر النزاع أو من خلال وجود إشارة إلى أحد القوانين الوطنية في العقد المبرم بين الطرفين، وذلك في الحالات التي يؤسس فيها اختصاص المركز على اتفاقية استثمار أو على قانون استثمار وطني رغم وجود عقد استثمار.

كما ترى الباحثة أنه في هذه الحالة إذا تضمن التشريع أو الاتفاقية نصاً بشأن القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، فإننا نكون بصدد حالتين:

الحالة الأولى: ويتم فيها اختيار القانون واجب التطبيق على النزاع وهنا يتعين على هيئة التحكيم احترامه وتطبيقه.

الحالة الثانية: وهى حالة غياب نص خاص بالقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع أو غياب اتفاق صريح عليه، وهنا ترى الباحثة ضرورة إعمال العبارة الثانية من الفقرة الأولى من المادة الثانية والأربعين من لائحة غرفة التجارة الدولية لعام 1975م فيما تضمنته من تطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار ومبادئ القانون الدولي على النزاع، إذ أن القول بغير ذلك ومحاولة البحث عن إرادة الأطراف الضمنية يفرغ نص المادة الثانية والأربعين من مضمونها[1].

وفى نهاية القول نعرض نموذج لقضية تحكيمية، والتي يتضح منها مدى حرية المحكم الدولي في اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع في حال غياب إرادة الأطراف أو في حالة وجود عائق حال دون تطبيق القانون الذي اختاره الأطراف، والنموذج هو الحكم الصادر في قضية أرامكو[2]، والتي بدأت باعتراض الشركة على تعاقد المملكة العربية السعودية مع إحدى شركات أوناسيس لنقل البترول الذي تصدره، بدأت هيئة التحكيم لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع بالبحث في اتفاق التحكيم الذي يقضي بأن يفصل المحكم في النزاع وفقاً للقانون السعودي فيما يتعلق بالمسائل التي

---

[1] الفقرة الأولى من المادة الثانية والأربعين من لائحة غرفة التجارة الدولية لعام 1975م.

[2] وأرامكو هي شركة سعودية وطنية تعمل في مجالات النفط والغاز الطبيعي والبتر وكيماويات والأعمال المتعلقة بها من تنقيب وإنتاج وتكرير وتوزيع وشحن وتسويق, وهي شركة عالمية متكاملة تم تأميمها عام 1988. للمزيد انظر: رضوان، أبو زيد، الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص102.

تدخل في الاختصاص القانوني للسعودية، وفيما عدا ذلك تقضي وفقاً للقانون الذي تقرر أنه واجب التطبيق، وقد أثار اصطلاح الاختصاص القانوني التساؤل حول مدى تعلقه بالاختصاص القضائي أم بالاختصاص التشريعي.

هذا وقد استندت هيئة التحكيم في تحديدها للقانون الواجب التطبيق على الموضوع إلى البحث عن الإرادة الضمنية للأطراف. وكان لابد من البحث في أحكام القانون السعودي حيث ينبغي الرجوع لقانون كل دولة لمعرفة مدى تعلق مسألة ما بالقانون العام، بل لأن الأمر يتعلق بحق بترول يقع في إقليم الدولة مما يخضع لقانون الموقع.

وقد انتهى الحكم إلى عدم وجود إرادة ضمنية للأطراف في هذا الشأن وبالتالي فالأمر يتعلق بالإرادة المفترضة، وقد أشار الحكم إلى أن العقود التي تبرمها الدولة تخضع عالمياً لقانون هذه الدولة ما لم يثبت العكس، وقد أشار الحكم في ذلك إلى حكم محكمة العدل الدولية الدائمة في 12 تموز لسنة 1929م.

وقد قرر أنه:

أولاً: بالنسبة للمسائل غير المسندة للقانون السعودي فلابد من البحث عن أكثر الأنظمة القانونية اتفاقاً مع طبيعة العلاقات التي ترتبها على عاتق الأطراف بتطبيق قانون الدولة ذات الصلات الطبيعة الفعلية الأوثق حتى يتفق القانون الواجب التطبيق مع الطبيعة الاقتصادية التي يجب أن يحققها العقد.

ثانياً: إخضاع المسائل المتعلقة بالقانون العام كقاعدة عامة للقانون السعودي، وعند الضرورة يكمل هذا القانون المبادئ الدولية والعلاقات المتبعة في صناعة البترول والمعطيات البحتة لعلم القانون.

وقد استندت هيئة التحكيم في ضرورة احترام الحقوق المكتسبة إلى أحكام القضاء الدولي وأحكام محاكم وهيئات التحكيم الدولية[1].

وترى الباحثة أن ما ذهب إليه المشرع السعودي هو الأولى لذلك يجب أن يأخذ المشرع الكويتي بما ذهب إليه المشرع السعودي.

[1] للمزيد انظر: إبراهيم، إبراهيم أحمد (2005). التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ص225 .

المبحث الثاني

مصادر القواعد الموضوعية واجبة التطبيق على النزاع التحكيمي

مما لا شك فيه أن للقواعد القانونية واجبة التطبيق على النزاع أهمية كبيرة في جميع مراحل التحكيم، فقد يكون لهذه القواعد دور هام في تحديد ما إذا كان الحكم التحكيمي حكماًوطنياً أو أجنبياً، كما قد يحدد المحكمة المختصة عند الحاجة للمساعدة القضائية سواء في مرحلة تشكيل هيئة التحكيم، أو لاتخاذ بعض الإجراءات التحفظية والتدابير الوقتية.

وعلى ذلك فسوف نتناول في هذا المبحث القواعد القانونية الموضوعية التي تطبق على النزاع المعروض على التحكيم لحسم النزاع الناشئ بين الطرفين، ولهذا سوف نتحدث عن هذه المصادر في المطالب التالية :

المطلب الأول: تطبيق قانون إرادة الأفراد.

المطلب الثاني: المبادئ العامة للقانون والقانون المتصل بموضوع النزاع.

المطلب الثالث: قواعد العدالة والإنصاف والأعراف والتقاليد التجارية.

المطلب الأول: تطبيق قانون إرادة الأفراد:

إن حرية اختيار الذي يحكم موضوع النزاع المحكم فيه ما هي إلا تطبيق لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين المتعارف عليه في نظرية العقود. وهذه الحرية لا شك تدفع الأطراف نحو اختيار القانون الملائم الذي يتفق ورغباتهم وتوقعاتهم ويحقق لهم الأمان المتطلب في المعاملات الدولية. وبموجب هذه الحرية يستطيع الأطراف اختيار القانون أو القواعد القانونية التي تحكم منازعاتهم المختلفة منذ لحظة التعاقد، كما يجوز لهم أيضاً تعديل القانون الذي سبق اختياره مع مراعاة حقوق الغير، وأن لا يؤدي ذلك التغير إلى إبطال العقد الذي نشا صحيحاً وفقاً للقانون الذي تم اختياره سابقاً، وأن لا يكون المقصود من التغير التحايل على القواعد القانونية الآمرة في القانون السابق أو القانون الواجب التطبيق الذي حدده المشرع عند سكوت الإرادة عن الاختيار [1].

أما عن كيفية تعيين الإرادة، فإنه من المنطقي أن يحدد الأطراف القواعد القانونية التي تحكم نزاعهم تحديداً صريحاً، كأن يتفقوا على أن قانون دولة (س) هو القانون الواجب التطبيق، أو أن الأعراف والعادات التي استقر التعامل فيها بشأن مسألة معينة هي واجبة التطبيق.

لا يمكن لأحد من أطراف العقد أن يستقل بهذا الاختيار دون موافقة الطرف الآخر إلا في حالات استثنائية يكون فيها تحديد القوانين المعمول بها في الدول التي تتبعها الأطراف المتعاقدة[2].

---

[1] صادق، هشام علي (2001). القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، القاهرة، ص477.

[2] المواجده، مراد، مرجع سابق، ص183.

إن قاعدة قانون الإرادة تعمل على حل مشكلة عقود الدولة ذات الطابع الدولي ويستقي ذلك من استقلال هذه الاتفاقات بذاتها عن أي نظام قانوني ولذلك تنشأ هذه العقود مستقلة عن أي قواعد وضعية موجودة قبل وجودها ويتمخض عن هذه القاعدة نتيجتان:

أنه ليس هناك قانون قد تم تحديده سلفاً لحكم العقد، وإنما تتفرد إرادة الأطراف في تحديد القانون الأقرب صلة بالرابطة التعاقدية.

إن لإرادة الأطراف قوة تعادل القوة الملزمة للقانون، لأن آثار اتفاقهم محكوم بإراداتهم بالرغم من التعاون في العلاقة بين الأطراف الدولة والشخص الخاص الأجنبي[1].

وتكمن أهمية اختيار الأطراف المتعاقدة للقانون الواجب التطبيق في أنه يعطي للنصوص التعاقدية القوة التنفيذية، ويعمل على تكملة النقص الوارد في هذه العقود ويحدد القواعد التي يتم بمقتضاها تفسيرها ويشكل حماية لمصالح كلا الطرفين[2].

إن قانون العقد الذي اختاره الطرفان يحكم وجود التراضي وصحته ومشروعيته وشروط المحل ومشروعيته، ووجود السبب وتخضع له، حالات البطلان والقابلية للإبطال ونطاق هذا البطلان ومن له حق التمسك به، وكذلك التقادم وسقوط دعوى البطلان كل ذلك يخضع لهذا القانون، ومن حيث آثار العقد فتخضع له سواء المتعلقة بالأشخاص أو تلك المتعلقة بالموضوع حيث يخضع له تفسيره وتحديد نطاق وبيان الحقوق والالتزامات ووسائل تنفيذ هذه الالتزامات، وقد استقر فقه القانون الدولي الخاص

---

[1] بكر، محمد (2002). مركز التحكيم لدول مجلس التعاون الخليجي، دار النهضة العربية، القاهرة، ص20.

[2] عبد الرحمن، عبد الحكيم (1991). عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص، مكتبة النصر، القاهرة، ص62.

على أن تطبيق قانون الإرادة يقتصر على الجانب الموضوعي في العقد فقط حيث يخضع لهذا القانون جميع المسائل المتعلقة سواء بتكوين العقد أو بآثاره [1].

وتقر هذه الطريقة في اختيار الخصوم للقانون الوطني الذي يحكم موضوع منازعتهم التي تطرح على التحكيم، بعض الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي، مثل اتفاقية نيويورك 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية، وأن يكون ذلك بطريقة غير مباشرة، ومثل اتفاقية جنيف 1961، بشأن التحكيم التجاري الدولي إذ تنص المادة السابعة فقرة واحد منها على أنه "الأطراف هم أحرار في تحديد القانون الذي يجب أن يطبقه المحكمون على موضوع المنازعة ، وعلى المحكمين تطبيق القانون الذي تحدده قاعدة التنازع التي يرونها ملائمة في الحالة المعروضة[2]".

وهناك عدة قيود تُفرض على حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق منها ألا يخالف هذا القانون النظام العام في الدولة، والمعول في ذلك هو النظام العام الداخلي وليس الدولي، أما القيد الآخر فيتمثل في وجود صلة بين القانون الذي اختاره الأطراف وبين اتفاق التحكيم، فيكون مثلاً قانون أحد طرفي الاتفاق، أما الاختيار المطلق من قبل الأطراف فهو غير جائز، وهذا الرأي غير مقبول لدى قضاء التحكيم ويجب إسقاطه وخصوصاً في المعاملات الدولية[3].

تثور ثمة مشكلة في غياب اختيار الخصوم صراحة لقانون وطني معين لحكم موضوع نزاعهم محل التحكيم، وتبدو صعوبة تلك المشكلة خاصة أمام المحكم الدولي، وتتمثل في استبيان ما إذا كان أطراف الخصومة قد استظهروا نيتهم في إخضاع موضوع المنازعة لقانون معين، ومن المستقر عليه

---

[1] يعقوب، محمد (2000). حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص20.

[2] المواجده، مراد، مرجع سابق، ص185.

[3] شفيق، محسن، مرجع سابق، ص120.

في التحكيم التجاري الدولي، إن المحكم يتمتع في هذا الصدد بقدر من السلطة التقديرية، إلا أن سلطته تقف عند ضرورة توضيح مؤشرات موضوعية توضح تلك الإرادة وذلك في كل حالة على حدها ويتلخص جوهر عمل المحكم الدولي في التصدي لتبيان القانون الذي يحكم موضوع المنازعة، في حالة غياب اختيار الأفراد لهذا القانون في البحث من خلال مؤشرات توطين العقد، وتلك مسألة تختلف فيها النظم القانونية[1].

وهنا يتمتع المحكم في هذه الحالة بسلطة تقديرية؛ حيث تقف عند ضرورة استظهاره لمؤشرات موضوعية ومعقولة لهذه الإرادة الضمنية في كل حالة منفردة ووفقاً للظروف المحيطة، فجوهر عمل المحكم التصدي لبيان القانون الذي يحكم موضوع النزاع، ويختلف موقف المحكم نفسه، حيث إنه لا يوجد للمحكم قانون اختصاص، ويترتب على التصدي لهذه المسألة من خلال واقع العلاقة والبحث عن رابطة موضوعية يمكن الاطمئنان معها أن إرادة الأطراف المتعاقدة قد اتجهت إلى اختيار هذا القانون بحيث تصبح إرادة الأطراف هي في الواقع إرادة مفروضة من واقع الحال وليس إرادة مقنعة للمحكم نفسه[2].

---

[1] للمزيد في هذا المعنى انظر رضوان، أبو زيد (1980). الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص20.

[2] المواجده، مراد، مرجع سابق، ص202.

المطلب الثاني: المبادئ العامة للقانون والقانون المتصل بموضوع النزاع:

أولاً : المبادئ العامة للقانون:

المبادئ العامة للقانون هي عموماً مجموعة المبادئ العامة في القانون الداخلي والتي يمكن تطبيقها على النطاق الدولي، وقد نصت المادة الثانية من القرار الصادر عن معهد القانون الدولي في دورة انعقاده بأثينا عام 1979 على أن "للأطراف اختيار واحد أو أكثر من القوانين الداخلية، أو المبادئ المشتركة بين هذه القوانين، أو المبادئ العامة للقانون، أو المبادئ المطبقة في العلاقات الاقتصادية الدولية".

ويقصد بالمبادئ العامة للقانون بأنها المبادئ التي تشترك فيها جميع الأنظمة القانونية في مختلف الدول مثل مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ومبدأ الإثراء بلا سبب ومبدأ حسن النية ومبدأ استقلال وسيادة الدولة وعدم استفادة الدولة من خطأها وعدم التعسف في استعمال الحق ومبدأ عدم رجعية القوانين.

وتتصف هذه المبادئ بعدم التحديد حيث إنها مشتقة من القوانين المدنية للدول وتشمل قواعد موضوعية وأخرى إجرائية تأخذ من القانون الداخلي ولها صفة المنطقية وتتصرف هذه المبادئ إلى مخاطبة العلاقات التعاقدية في القانون الخاص ولذلك فقد تصلح وتلائم التطبيق على عقود الدولة ذات الطابع الدولي، وهي تسمح بالتأكيد من عدالة قانون الدولة المتعاقدة وقياس سلوكها ومدى تماشيه مع القانون الدولي[1].

---

[1] عبد الرحمن، عبد الحكيم، مرجع سابق، ص93.

وقد تشكل هذ المبادئ مصدراً مساعداً هاماً لسد النقص الذي قد يعتري القانون الدولي العام لقلة قواعده القانونية، وقد تكون هامة للقوانين الوطنية التي لم تساير التطورات في هذا المجال، وتشكل عند تطبيقها المخرج للمحكم في حالة مواجهته للمشاكل القانونية المستعصية، ونظراً لعدم تحديد هذه المبادئ فسوف تكون أداة قابلة للتطويع، وتعطي للمحكم سلطة تقديرية وذلك من أجل تطبيق القواعد الملائمة منها على موضوع النزاع(1).

ولكن المبادئ العامة في القانون تختلف عن تلك التي يتضمنها القانون التجاري الدولي، من زاوية أن القانون التجاري الدولي يتضمن طائفة المبادئ العامة المشتركة المتعلقة بالتجارة الدولية. ويقصد بالمبادئ العامة للقانون تلك الركائز التي تؤسس أي نظام قانوني وتلقي قبولاً من الكثير من النظم القانونية. فالمحكم لا يطيق المبادئ العامة في القانون أو المبادئ العامة المشتركة السائدة في مجمع التجار إلا إذا أثبت أن الأطراف قد قاموا بتركيز علاقاتهم في النظام القانوني الذي نشأت في ظله تلك المبادئ، وقد يقوم المحكم بتطبيق المبادئ العامة في القانون أو المبادئ العامة السائدة في مجتمع التجارة كمكمل للقواعد الوطنية أو الأعراف أو العادات التجارية، وقد يقوم بتطبيقها أيضاً إذا استحال عليه تطبيق القانون المعين على النزاع(2).

إن هذه الهادئ لا تشكل نظاماً قانونياً ثابتاً يمكن له أن يحل محل الأنظمة القانونية المعروفة وهي القانون الداخلي والقانون الدولي، وقد أصبح تطبيقها بدون أساس في الوقت الحاضر بسبب أن جميع الدول لديها أنظمة قانونية متطورة للعقود وقوانين تجارية وأخرى للاستثمار (3).

---

(1) الحداد، حفيظة السيد (2001). الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص781.

(2) الجمال، مصطفى وعبد العال،عكاشة(1998).التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت، ص255.

(3) علوان،محمد(1977).تسوية منازعات العقود الاقتصادية الدولية،بحث منشور في مجلة نقابة المحامين الأردنيين،السنة28،ع11،ص1720.

ولقد نصت اتفاقية واشنطن 1965 في الفقرة (1) من المادة (42) على تطبيق مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالنزاع، وذلك لأن القانون الدولي يحتوي على القواعد العرفية والقانون الاتفاقي الذي يشتق من المعاهدات المتعلقة بالنواحي المختلفة.

ونص عليها النظام الأساس لمحكمة العدل الدولية في المادة (38) منه، وتبناها معهد القانون الدولي في القرار رقم (21) الصادر في دورة أثينا لعام 1979م.

إن عدم تحديد فكرة المبادئ العامة يؤدي أحياناً إلى استخدام المبدأ ذاته لخدمة مواقف متعارضة في آن واحد، أضف إلى ذلك صعوبة الكشف عنها، إذ يحتاج إظهارها إلى تحليل مقارنة لعدة قوانين، مما قد يؤدي إلى اختلاف مفهومها من محكم إلى آخر،كما نعتقد من جهتنا أن المحكم غالباً ما يلجأ في معرض إثبات عمومية مبدأ ما للبحث عنه في قوانين الدول المتقدمة فحسب، ومن هنا نعتقد بأن المصطلح القديم المشار إليه (بالمبادئ العامة للقانون السائدة في الأمم المتحضرة) ما زال موجوداً ولكن لا يجهر به رفعاً للإحراج.

والمبادئ العامة للقانون لا يوجد ما يمنع من تطبيقها على النزاع المحال للتحكيم ولكن يوجد عدة قيود على تطبيقها وهي:

1. أن تحدد المبادئ بوضوح والنص على أنها هي المبادئ العامة للقانون التي تسود مختلف دول العالم، وأنها ليست تلك التي تطبق لدى الدول المتمدنة.
2. أن يسند إليها الأطراف بصفة احتياطية وذلك لتكملة ما قد يشوب قانون الدول المتعاقدة في نقص وغموض ولإعطاء الثقة للمشرع.

3. ألا تتخذ هذه المبادئ كستار لتدويل النظام القانوني للعقد بحجة أن هذه المبادئ هي القانون الدولي[1].

ثانياً: القانون المتصل بموضوع النزاع:

هناك آراء فقهية وبعض الاتفاقيات الدولية ذهبت إلى عدم تقيد حرية الأطراف عند اختيار القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه بضرورة توافر صلة بين القانون المختار والنزاع. ومن هذه الاتفاقيات اتفاقية روما لسنة 1980[2].

وفي هذا الشأن إذا ما اختار الأطراف القواعد القانونية واجبة التطبيق على النزاع المحكم فيه فإنه يجب على المحكم أن يطبق القواعد المختارة دون أن يصحح اختيار الأطراف بحجة أنه لا يوجد صلة بين القانون المختار والنزاع، والقول بغير ذلك من شأنه أن يخل بالاستقرار القانوني ويتنافى مع المبدأ القاضي باحترام توقعات الأفراد (أي أن إرادة الأطراف في اختيار القواعد القانونية هي الصلة بين القانون المختار والنزاع حتى وإن كان هذا القانون لا يتعلق بدولة النزاع أو جنسية أحد أطراف النزاع).

وأمام ذلك الرأي ذهب اتجاه آخر من الفقه إلى القول بضرورة توافر صلة حقيقية بين القانون المختار والنزاع، إذا ما انعدمت تلك الصلة، فإنه يحق للمحكم أن يستبعد القانون المختار ويحدد بدوره القانون الواجب التطبيق (أي أنه يجب أن تكون هناك صلة وثيقة بين القانون المختار والنزاع مثل أن يكون قانون الدولة الواق هبها النزاع).

---

(1) عبد الرحمن، عبد الحكيم، مرجع سابق، ص96.

(2) صادق، هشام علي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص125.

بينما يرى اتجاه ثالث ضرورة توفر صلة بين القانون المختار والنزاع بحيث لا يكون النزاع مقطوع الصلة بالقانون الذي يحكمه لذلك يكفي أن توجد صلة فنية بينهما، وهذه الصلة الفنية تتحقق في مجال التجارة الدولية كأن يتم اختيار وثيقة تأمين اللويدز مثلاً بوصفها من العقود النموذجية التي تخضع للقانون الانجليزي[1].

وترى الباحثة أنه يكفي أن يكون للأطراف مصلحة مشروعة في اختيار القواعد القانونية التي تحكم نزاعهم ولو لم يكن هذا القانون على صلة بالنزاع الذي يحكمه (أي أنه قد يكون قانون دولة يتم فيها تنفيذ جزء من الالتزامات، دون أن يكون قانون دولة محل النزاع أو دولة أطراف النزاع)، وفي هذه الحالة يجب على المحكم أن يطبق القانون المختار وألا يكون قد خالف مهمته، ومن هنا نرى أن القيد الذي يرد على حرية الأطراف عند اختيار القانون أو القواعد القانونية التي تحكم النزاع المحكم فيه يتمثل في أن يتم اختيار ذلك القانون أو القواعد القانونية بحسن نية، وعليه لا يجوز الاتفاق على اختيار قانون دولة ما بهدف الهروب من القواعد الموضوعية الآمرة في القانون الأكثر ملائمة لحكم النزاع وإلا فمن حق المحكم استبعاد هذا الاختيار.

[1] عبد المجيد، منير (2000). الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص268.

المطلب الثالث: قواعد العدالة والإنصاف والأعراف والتقاليد التجارية:

أولاً : قواعد العدالة والإنصاف:

فيما يتعلق بتطبيق قواعد العدالة والإنصاف فيبدو أنه لا يمكن تجاهل ما تنطوي عليه تلك القواعد من عمومية وعدم تحديد قد يضع المتعاقدين في خطر الابتعاد عن توقعاتهم، ويحرمانهم من الأمان القانوني، ولعلّ القضاء التحكيمي الدولي نفسه يعرض عن تطبيقها لهذا السبب حتى مع وجود الإرادة الصريحة التي تخوله صلاحية ذلك التطبيق.

فقد نص قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي في المادة 182 بأنه "يكون حكم المحكم على مقتضى قواعد القانون إلا إذا كان مفوضاً بالصلح فلا يتقيد بهذه القواعد عدا ما تعلق منها بالنظام العام".

وكذلك نصت المادة 36/د من قانون التحكيم الأردني بأنه "لا يجوز لهيئة التحكيم إذ اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون".

لاشك أن النصين يتحدثا عن التحكيم بالصلح الذي بموجبه تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف، ولا يتسنى لها فعل ذلك إلا إذا تحققت الإرادة الصريحة في اختيار هذا النوع من التحكيم، بحيث أنه إذا ثار الشك حول تحقق الإرادة الصريحة في اختيار التحكيم بالصلح يجب على هيئة التحكيم الفصل في النزاع بمقتضى القانون.

ومن تطبيقات قواعد العدالة والإنصاف أنه يجوز لهيئة التحكيم تعديل أثر القوة القاهرة على المسؤولية أو توزيع مخاطرها على الطرفين إذا ما رأت في ذلك تحقيقاً للعدالة، كما يجوز إذا اقتضت العدالة أن تقضي بالتعويض عن عدم التنفيذ أو التأخير فيه رغم عدم توافر الأعذار الذي يتطلبه القانون[1].

حيث إن الأطراف لهم الحرية في اختيار القواعد القانونية التي تحكم النزاع المحكم فيه إلا أن هذه الحرية مقيدة بأن يكون الاختيار بحسن نية وأن لا تخالف القواعد المختارة قواعد النظام العام الدولي أو القواعدذات التطبيق الضروري الذي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالنزاع أو قواعد النظام العام في الدولة الأجنبية المراد تنفيذ حكم التحكيم فيها[2].

ثانياً: الأعراف والتقاليد التجارية:

يجد المحكم الدولي نفسه، في كثير من الأحيان، ولأسباب مختلفة مضطراً إلى حل النزاع على ضوء قواعد من خلق عادات وأعراف التجارة الدولية، قواعد تستقل بكيانها ومنابعها عن القوانين الوطنية، بل أن وجود مثل هذه القواعد من خلال الممارسة الفعلية في مجال التجارة الدولية، ومن خلال قرارات التحكيم التجاري الدولي، ربما تكون أكثر فعالية، من تلك القواعد المستمدة من القوانين الوطنية.

ويعني تطبيق المحكم الدولي لعادات وأعراف التجارة الدولية على موضوع النزاع أن يكون البنيان القانوني لقرار التحكيم منبت الصلة بأي من القوانين الوطنية، أي أن يكون قراراً طليقاً إلا من

---

(1) الجمال، مصطفى وعبد العال، عكاشة، مرجع سابق، ص760.

(2) عبد المجيد، منير، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص، مرجع سابق، ص316.

عـادات وأعـراف التجـارة الدوليـة. وبمعنـى آخـر، فـإن هـذه العـادات والأعـراف سـتكون بمثابـة "قـانون القاضـي" بالنسـبة للمحكـم الـدولي. ويسـتطيع المحكـم عـن هـذا الطريـق تجـاوز مشـكلة تنـازع القـوانين والتخلص من تعقيداتها في مجال مثل مجال التجارة الدولية[1].

غير أن عمل المحكم الدولي في هذا الشأن وإن كـان يستبعد المشاكل والصـعوبات التـي تثيرها مشـكلة تنـازع القـوانين بـالمفهوم التقليـدي فـي القـانون الـدولي الخـاص، إلا أن تطبيقـه لعـادات وأعـراف التجارة الدولية كثيراً ما يصطدم بعقبات من نوع آخر، وهي فـي الأسـاس البحث عن مصـادر ومضـامين هذه العادات والأعراف، ومتى يتعين عليه أو يجوز له تطبيق مثل هذه العادات والأعراف.

ويلاحظ ومنذ وقت غير قريب أن علاقـات التجـارة الدوليـة تبتعد رويـداً وباسـتمرار عـن سـيطرة القوانين الداخلية، لتحكم أو تنظم عن طريق قواعد ذات طـابع مهنـي أو قواعد عرفيـة لا تنتمـي بأصـلها إلى قواعد مستمدة من قانون دولة ما، بقدر ما تستمد من واقـع مـا يمكن أن يطلـق عليـه بـ "مجتمـع دولـي للتجـار"، مجتمـع بـات مـن الواضـح الآن ارتباطـه وتماسكه مـن خـلال قواعد أو مؤشـرات للسـلوك تشـبع حاجياتـه المتشـابهة ومصـالح أفراده التـي تبـدو أحيانـاً متناقضـة، حيث تعجـز عن ذلـك القواعـد القانونيـة التي هي من خلق "مجتمع الدولة"[2].

---

[1] سامي، فوزي، مرجع سابق، ص194.

[2] الصانوري، مهند، مرجع سابق، ص140.

الفصل الرابع

القواعد القانونية الإجرائية الواجبة التطبيق على إجراءات التحكيم

إن الأصل فى اتفاق التحكيم هو حرية الأطراف فى الاتفاق على مكان التحكيم وبالتالى القانون الذى يطبق على إجراءات التحكيم وعلى موضوعه، وكمثالاً على ذلك وضع المشرع المصرى فى قانون التحكيم عدة معايير، يستطيع الأطراف من خلالها التعرف على نطاق تطبيق أحكام هذا القانون على اتفاقهم بشأن التحكيم.

ومن خلال هذه المعايير يستطيع الافراد أن يطبقوا أحكام هذا القانون باتباع هذه المعايير الواردة فى نصوصه وعلى العكس من ذلك يستطيع الأفراد الهروب من تطبيق هذا القانون بالاتفاق على مايخالف تلك النصوص، كما يستطيع الاطراف أن يتفقوا من البداية على إخضاع اتفاقهم إلى التحكيم طبقاً لنصوص وقواعد متبعة فى أحد مراكز التحكيم المنتشرة فى العالم، أو باللجوء إلى قانون إجرائي آخر غير هذا القانون ليطبق على الإجراءات المتبعة فى خصومة التحكيم، أو أن يتفق الأطراف على قواعد إجرائية من صنعهم تحدد بداية ونهاية خصومة التحكيم والقواعد والأحكام الإجرائية التى يتبعها المحكم أثناء تناوله للخصومة لبحث فض النزاع محل اتفاق التحكيم، أو أن يتفق الأطراف على إخضاع اتفاق التحكيم لإحدى الاتفاقيات الدولية المعمول بها ويتبعوا الإجراءات المنصوص عليها فى باب التحكيم الوارد بهذه الاتفاقيات.

وكما أن للأطراف الحرية فى اختيار القانون الواجب الاتباع من حيث إجراءات التحكيم، فإن للأطراف الحق فى اختيار القانون الذى يطبق على النزاع، وإذا لم يتفقوا على هذا القانون، جاء دور

هيئة لتحكيم فى اختيار القانون الأكثر اتصالاً بموضوع النزاع، وإذا كان تحكيماً بالصلح أجاز القانون لهيئة التحكيم الحكم بما تراه وفقا لقواعد العدالة والإنصاف والأعراف الجارية.

من أجل بيان ذلك نقسم الدراسة في هذا الفصل إلى:

المبحث الأول: خضوع إجراءات التحكيم لقانون مقر التحكيم.

المبحث الثاني: القانون الذي يحكم سير التحكيم وإجراءاته.

المبحث الثالث: القانون الذي يحكم النزاع.

المبحث الأول

خضوع إجراءات التحكيم لقانون مقر التحكيم

يثور التساؤل دائماً حول القانون أو القواعد التي تحكم إجراءات التحكيم، والتي يطبقها المحكم على خصومة التحكيم لكي يصل إلى الحكم الأمثل لفض النزاع، ويقصد بإجراءات التحكيم تلك القواعد التي تنظم مكان انعقاد هيئة التحكيم وتشكيلها وإعلان الخصوم وتحديد الجلسات، وتعيين الخبراء وتنظيم تبادل المذكرات التي يقدمها الأطراف، والإجراءات المتبعة في سير الخصومة وانقطاعها وتوقفها وكل ما يتعلق بتنظيم ضمانات وحقوق الدفاع وكيفية صياغة الحكم وأسبابه.

هذا ويقصد بقانون مقر التحكيم هو أن النزاع التحكيمي يخضع لقانون الدولة التي ينظر في إقليمها هيئة التحكيم للنزاع، وهي الأمور المتعلقة بتشكيل الهيئة واختصاصاتها والإجراءات الواجب اتباعها والأساس القانوني لتطبيق قانون المقر وآلية تطبيقه.

من أجل بيان ذلك نقسم الدراسة في هذا المبحث إلى:

المطلب الأول: أساس تطبيق قانون مقر التحكيم.

المطلب الثاني: آلية تطبيق قانون مقر التحكيم.

المطلب الأول: أساس تطبيق قانون مقر التحكيم:

مما لا شك فيه أن لتحديد مكان التحكيم أهمية قصوى، فهو يلعب في كثير من الأحيان دوراً بارزاً في تعيين القانون واجب التطبيق على بعض المسائل الإجرائية، ولا يتوقف الأمر عند هذا الحد بل يتطرق إلى تحديد جنسية حكم التحكيم هل هو وطني أم أجنبي؟، وهي بكل تأكيد مسألة هامة تظهر بكل قوة عند طلب تنفيذ حكم التحكيم. والسبب في ذلك أن بعض الاتفاقيات الدولية تأخذ بمعيار صدور حكم التحكيم لإثبات دوليته[1].

ويرى بعض الفقه وجوب الرجوع لقانون مكان التحكيم، مع مراعاة أن يكون ذلك لإكمال ما اتفق عليه الأطراف من قواعد، موضحاً، أنه يجب تحديد مكان التحكيم منذ بدء إجراءات التحكيم إما على أساس اتفاق المحتكمين أو المكان الذي تعينه هيئة التحكيم عند عدم اتفاق المحتكمين[2].

وقد ذهب رأي آخر إلى القول بأن قواعد القانون الدولي الخاص التي يلجأ إليها المحكم تكون خاصة بالبلد الذي يجري فيه التحكيم وهذا الرأي ناتج عن ما يذهب إليه الفقه التقليدي، حول الطبيعة القضائية للتحكيم. فالمحكم كالقاضي لذا يتوجب عليه أن يطبق القواعد القانونية للبلد الذي يمارس فيه سلطته في الحكم، وقد لقي هذا الرأي قبولاً من الفقه الحديث الذي لم يسلم بشكل مطلق بالفكرة القائلة

---

[1] مثال ذلك انظر: اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها المبرمة (يونيو) سنة 1958م والتي سمحت في مادتها الأولى للدولة، بأن ترفض الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه إذا كانت إجراءات التحكيم مخالفة لما اتفق عليه الأطراف أو لقانون مقر التحكيم في حالة عدم الاتفاق.

[2] إبراهيم: إبراهيم أحمد (1997). التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ص135.

بالطبيعة القضائية للتحكيم. كما أنه لم يسلم بشكل مطلق أيضاً بالطبيعة العقدية للتحكيم ذلك لأنه يرى في التحكيم طبيعة مختلطة[1].

"غير أن معيار مكان التحكيم، وإن كان له دلالة مادية في البداية واعتباره معياراً مسلّماً به، إلا أنه يصبح صعب التحديد في صورة "القرارات التحكيمية العائمة" وهي القرارات التي تصدر بعد أن تعقد هيئة التحكيم جلساتها وتقوم بأعمالها بأماكن متفرقة، أضف إلى ذلك أن الارتباط المعول عليه قد يكون عارضاً أو ثانوياً لا يرتبط بأدنى صلة بالنزاع المطروح على التحكيم، كما أن التطور الملحوظ في عالم الاتصالات الإلكترونية وما نراه اليوم من تحكيم عبر شبكة الإنترنت قد ساهم في إنهاء عصر سيطرة الجغرافية لما تحققه هذه الوسائل من سرعة مذهلة في إنجاز الأعمال ووفر في الجهد والمال، وكان من الممكن أن يتم طلب التحكيم من قبل أحد المشتغلين بالتجارة الدولية، وتتداول مذكراته المكتوبة بالبريد الإلكتروني، كما يمكن أن تتم رؤية وسماع الشهود بالصوت والصورة، وتعقد الجلسات ويتم التداول على شكل محادثة إلكترونية، وهو نوع من التحكيم يتميز بغياب التوطين المادي للعمليات الإجرائية، ومن هنا فقد بات المفهوم التقليدي لتحديد مكان التحكيم الذي يقوم على الرابطة الجغرافية بإقليم الدولة لا يصلح"[2].

وترى الباحثة أهمية تحديد مكان التحكيم وذلك لدوره الهام والبارز في تعيين القانون واجب التطبيق على بعض المسائل الإجرائية، خاصة مع عدم إفصاح أطراف النزاع محل التحكيم عن القانون وأجب التطبيق.

---

[1] الحواري، أسامة مرجع سابق، ص132.

[2] الورفلي، أحمد (2000). الصيغة الدولية للتحكيم، بحث منشور في مجلة التحكيم العربي، يناير، العدد الثاني، ص94.

المطلب الثاني: آلية تطبيق قانون مقر التحكيم:

أن إخضاع الإجراءات لقانون دولة مكان التحكيم فيه مصادرة على رغبة أطراف الخصومة، وذلك على أساس أن القانون لا يشترط على أطراف الخصومة تحديد مقر التحكيم في اتفاق التحكيم، وبالتالي فإن مقر التحكيم قد لا يكون معروفاً مسبقاً [(1)].

ولقد أشارت إلى حرية أطراف الخصومة، على سبيل المثال، اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لسنة 1987م التي نصت على أن هيئة التحكيم تخضع في تسويتها لقانون إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية (المادة 1/21)، وهو ما يتفق مع المبادئ العامة في التحكيم التجاري وخاصة الدولية منه، وفي حال عدم اتفاقهم، تطبق الهيئة أحكام القانون الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع، ولكن يشترط في ذلك مراعاة قواعد الأعراف التجارية الدولية المستقرة (المادة 1/21 من ذات الاتفاقية).

كذلك نصت على هذه الحرية العديد من الاتفاقيات، كاتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961م (المادة 4/2/3)، التي أعطت الحرية لأطراف اتفاق التحكيم في تحديد القواعد والإجراءات التي يتعين على المحكمين اتباعها.

وكذلك نصت (المادة 1/5/د) من اتفاقية نيويورك لسنة 1958م على:

1- لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ الدليل على: د- أن

[(1)] أبو زيد، سراج محمد (1988). التحكيم في عقود البترول، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ص456.

تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالف لما اتفق عليه الأطراف أو لقانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق".

كما تنص (المادة 1/4/ب) من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي الموقعة في جنيف في أبريل سنة 1961م على:

"حرية الخصوم في تحكيم الحالات الخاصة في تنظيم الإجراءات واختيارهم لمكان التحكيم".

ويوصف التحكيم الخاص الذي تصل فيه حرية الأطراف إلى حد التحرر من كل القواعد الوطنية اعتماداً على إرادتهم في صياغة القواعد الإجرائية للتحكيم، بأنه تحكيم طليق أو تحكيم بلا قانون أو تحكيم دولي محض، ويرى بعض الفقه أن يطلق عليه التحكيم الحر، حيث تكون إجراءات التحكيم دولية لا ترتبط بأي قوانين وطنية، بل ترتبط باتفاق الأطراف. فهو مقطوع الصلة بأي قانون وطني إلا من عادات وأعراف التجارة الدولية[1].

ولا تثور صعوبة في خضوع إجراءات التحكيم لإرادة المحتكمين لأن ذلك هو الأساس، إنما الصعوبة تثور في حالة غياب هذه الإرادة عن الاتفاق على قواعد إجرائية تحكم نزاعهم أو عدم إشارتهم إلى قانون يطبقه المحكم على الإجراءات، أو عدم كفاية الإجراءات التي اتفق عليها المحتكمين فتقوم بالتالي هيئة التحكيم، باختيار أو تكملة هذه القواعد[2].

---

[1] أبو العلا، أبو العلا علي (2000). القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية في مجال التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ص16.
[2] انظر: إبراهيم، إبراهيم أحمد (1997). مرجع سابق، ص132.

وتؤكد التطبيقات العملية أنه نادراً ما يقوم الأطراف بتحديد القواعد الإجرائية الواجبة التطبيق على منازعاتهم التحكيمية، رغم حقهم المشروع في ذلك، وفي مثل هذه الحالات، تتمتع هيئة التحكيم، سواء أكان محكماً واحداً أو أكثر بسلطة تحديد القواعد الإجرائية التي يرونها مناسبة لحكم سير المنازعة، ومن الواضح أن المحكم يملك في هذا الخصوص سلطات أوسع ويستطيع بالتالي أن يحدد الإجراءات الواجب إتباعها أياً كان المصدر الذي يستقي منه هذه الإجراءات، بشرط ألا تخل بحقوق وضمانات الدفاع والمساواة والعدالة بين الخصوم[1].

هذا وبالنظر في بعض مشارطات تحكيم الحالات الخاصة، نجد أنها قد اتبعت هذه الوسيلة (أن تقوم هيئة التحكيم بنفسها بتحديد القواعد الإجرائية)، وذلك مثل التحكيم الذي جرى بين كلاً من الشركة العربية الأمريكية للزيوت والمعروفة باسم أرامكو ARAMCO وبين حكومة المملكة العربية السعودية. إذ نص في البند الرابع من اتفاق التحكيم على أن هيئة التحكيم هي التي تحدد بنفسها القواعد الإجرائية التي تتبعها[2].

وباستقراء بعض الاتفاقيات الدولية وأنظمة المراكز الدولية للتحكيم نجد أن نصوصها قد تضمنت النص على حرية المحتكمين والمحكمين في تحديد القواعد الإجرائية، فوفقاً لنموذج قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (1985)، وتحديداً في الفصل الخامس منه وهو بعنوان تحديد قواعد الإجراءات، نجد أن المادة (19) تنص على أنه:

---

[1] النجار، كرم (2010). المركز القانوني للمحكم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص198 .

[2] انظر: رضوان، أبو زيد (1980). الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص102.

1. مع مراعاة أحكام هذا القانون، يكون للطرفين حرية الاتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم اتباعها لدى السير في التحكيم.

2. فإن لم يكن ثمة مثل هذا الاتفاق، كان لهيئة التحكيم، مع مراعاة أحكام هذا القانون، أن تسير في التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة. وتشتمل السلطة المخولة لهيئة التحكيم سلطة تقرير جواز قبول الأدلة المقدمة وصلتها بالموضوع وجدواها وأهميتها".

ونرى بأن للمحتكمين في حالة التحكيم الخاص دور هام في اختيار القواعد القانونية أو القانون الذي تخضع له إجراءات التحكيم، وقد يختار المحتكمين قواعد متفرقة مستقاة من بعض القواعد الدولية المعروفة في مجال التحكيم الدولي، وفي حالة عدم الاتفاق بين المحتكمين على قواعد أو قانون معين للإجراءات فيتم تفويض المحكم أو المحكمين صراحة أو ضمناً باختيار قواعد الإجراءات.

أما في حالة اللجوء إلى التحكيم المنظم أو المؤسسي فإن المحتكمين يعبرون في الغالب عن إرادتهم في إيجاد حل للنزاع وفقاً لقواعد التحكيم لإحدى المؤسسات أو لمركز من مراكز التحكيم الدائمة، وبعض هذه القواعد تعطي للمحكمين الحق في تقرير قواعد الإجراءات التي يرونها مناسبة لسير التحكيم.

وترى الباحثة أن هيئة التحكيم تتمتع في تعيينها للقواعد القانونية أو القانون الذي تخضع له إجراءات التحكيم، (لعدم اتفاق الأطراف على تنظيم المسائل الإجرائية أو لاتفاقهم على تفويض هيئة التحكيم بهذا التنظيم)، بنفس الحرية أو الصلاحية التي كانت متاحة للمحتكمين، فلها أن تضع القواعد الإجرائية التي تراها مناسبة لظروف النزاع، ولها اعتماد قواعد إجراءات أو قانون إجرائي لمنظمة أو

مركز من منظمات أو مراكز التحكيم الدائمة، وذلك لأن أطراف الخصومة بعدم اتفاقهم على تنظيم المسائل الإجرائية أو بقيامهم بتفويض هيئة التحكيم بهذا التنظيم، قد أفصحوا على نيتهم بتولي هيئة التحكيم على تعيين القواعد القانونية أو القانون الذي تخضع له إجراءات التحكيم، فلهم عندئذ نفس حرية وصلاحيات أطراف الخصومة.

إلا أن تلك الحرية مقيدة في عدم تعسف هيئة التحكيم في استعمالها، وعدم مخالفتها للقواعد الإجرائية الآمرة في قانون دولة مقر أو مكان التحكيم، لتفادي بطلان حكم التحكيم وفضلاً عن متابعة المحتكمين لهيئة التحكيم المقيدة أصلاً بما اتفق عليه المحتكمين.

خلاصة القول أن ما تتمتع به هيئة التحكيم في تعيينها للقواعد القانونية التي تخضع له إجراءات التحكيم، وذلك لعدم اتفاق الأطراف على تنظيم المسائل الإجرائية يكون تجسيداً لمبدأ سلطان الإرادة، ولكن ذلك ليس على إطلاقه بل مقيداً بعدة ضوابط منها على سبيل المثال (عدم مخالفة القواعد الإجرائية الآمرة في قانون دولة مقر أو مكان التحكيم).

المبحث الثاني

القانون الذي يحكم سير التحكيم وإجراءاته

تعد إجراءات التحكيم بمثابة العمود الفقري الذي يقيم نظام التحكيم، وتعتبر كذلك السياج الذي يضمن شرعيته، وتلعب كذلك دوراً بارزاً في إنجاح نظام التحكيم أو انهياره، أمام تلك الأهمية فإنه يترتب على عدم مراعاة هذه الإجراءات أو مخالفتها بطلان حكم التحكيم ورفض الاعتراف به أو تنفيذه، وتعد هذه المسألة من أعقد المسائل التي تواجه التحكيم التجاري الدولي(1).

إذا كانت العوامل والمعايير المحددة لطبيعة التحكيم والتي تكشف عن كونه دولياً أم وطنياً فقد حصرها البعض في تسعة عوامل وهي: موضوع النزاع، جنسية ومحل إقامة الأطراف، جنسية المحكمين، القانون المطبق على موضوع النزاع، مكان التحكيم، اللغة، العملة، وحركة انتقال رؤوس الأموال عبر حدود الدول"(2).

فإن إجراءات التحكيم تبدأ من تلك المسائل المتعلقة بولاية القضاء التحكيمي وتشكيل محكمة التحكيم واختصاصاتها، وإجراءات المرافعات التي تتبع لديها حتى إصدار الحكم في النزاع، وبخاصة شرط المداولة فيه، والنطق به، وشكله، ومسألة ما إذا كان تسبيبه واجباً أم لا، أما مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على تلك الإجراءات فلا تعد مسألة نظرية فحسب، بل إنها ذات أهمية عملية وذلك من ناحيتين: الأولى هي أن القانون المختص سيمثل مرجع الأطراف والمحكمين والذي يزودهم

---

(1) انظر: الحداد، حفيظة السيد (1997). الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص191.

(2) المراكبي، سيد، مرجع سابق، ص29.

بمجموعة القواعد اللازمة لحسم المسائل الإجرائية التي تثور أثناء الخصومة، كتبادل المذكرات وسماع الشهود، أما الثانية فتعود إلى وجود الاختلافات المتعددة ما بين النظم الوظيفية فيما يتعلق بالمسائل الإجرائية، مما يعني أن المشكلة قد تثور أمام القاضي الذي سيطلب منه تنفيذ الحكم التحكيمي، أو يطعن أمامه بذلك الحكم بحجة صدوره من هيئة لم تشكل طبقاً للقانون الواجب التطبيق على الإجراءات، أو لأنه صدر طبقاً لإجراءات مخالفة لهذا الأخير وهذا ما سوف نقوم بتناوله في المطلبين التاليين كما يلي:

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم.

المطلب الثاني: قواعد إجراءات التحكيم في الاتفاقيات.

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم:

مما لا شك فيه أن التحكيم التجاري الدولي أصبح الوسيلة الطبيعية لحل النزاعات التجارية الدولية في مختلف أرجاء العالم، وأمام ذلك أصبحت هيئات التحكيم ترى نفسها في مواجهة تحديات جديدة إذ عليها أن تلبى المطالب المختلفة والمتعددة والمتزايدة مع الوضع في الاعتبار عامل السرعة في حل المنازعات وهو ما يتميز به نظام التحكيم عن نظام القضاء.

هذا "ولا تختلف إجراءات التحكيم البحري عن إجراءات التحكيم في المنازعات غير البحرية، إذ تطبق القواعد الإجرائية التي يتفق عليها أطراف المنازعة أو التي يقرر المحكمون تطبيقها عند عدم الاتفاق، إلا أنه من الملاحظ أن معظم دعاوى التحكيم في المنازعات البحرية تكون دعاوى خاصة، وليست دعاوى خاضعة لمؤسسات تحكيمية أو ما يسمى بالتحكيم المؤسسي أو التنظيمي"[1].

وأمام عملية البحث عن القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم فيوجد رأيين بهذا الشأن:

الرأي الأول: يذهب إلى ربط التحكيم وإجراءاته، بمكان التحكيم، أي أن قانون الدولة التي يوجد على إقليمها مكان التحكيم هو الذي يطبق بالنسبة لسير الإجراءات[2].

الرأي الثاني: فيذهب إلى ربط التحكيم وإجراءاته بإرادة الطرفين، وبالنسبة لقواعد تنازع القوانين على صعيد التعامل الدولي يجب الرجوع إلى التكييف القانوني للتحكيم، وعلى ذلك فالقانون الواجب

---

[1] ترك، محمد (2003). التحكيم البحري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ص421.

[2] للمزيد أنظر: سامي، فوزي، مرجع سابق، ص162.

التطبيق يكون القانون الذي اختاره الطرفان المتنازعان، أما إذا اعتبرنا التحكيم تصرفاًقضائياً أو إجرائياً ففي هذه الحالة يكون من الضروري خضوع التحكيم إلى قانون المكان الذي يجري فيه التحكيم[1].

على أن يتم الرجوع إلى النظام القانوني السائد في دولة مقر التحكيم بالقدر اللازم عند عدم كفاية القواعد الإجرائية المطبقة، أو لسد ما قد يشوبها من قصور عند سكوتها والرجوع إلى قانون دولة مقر التحكيم إنما في المقام الثاني وبصورة تكميلية أو احتياطية[2].

هذا وعند التطرق لهذه النقطة، يجب أن نضع في أذهاننا نص المادة (182) فقرة "4" من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم (38) لسنة 1980 الباب الثاني عشر "التحكيم" والتي تضمنت أنه "يجب أن يصدر حكم المحكم في الكويت..."، وكذلك نص المادة الأولى من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 بإصدار قانون في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية، والتي تنص على أنه "تسرى أحكام هذا القانون ..... على كل تحكيم يجرى في مصر".

ولكن هذه القاعدة لا تطبق على إطلاقها فقد نصت (182) فقرة أولى من ذات القانون (قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي) على أنه: يصدر المحكم حكمه غير مقيد بإجراءات المرافعات......، ومع ذلك يجوز للخصوم الاتفاق على إجراءات معينة يسير عليها المحكم، كذلك نصت المادة السادسة من قانون التحكيم المصري على أنه "إذا اتفق طرفا التحكيم على إخضاع العلاقة القانونية بينهما لأحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو أية وثيقة أخرى، وجب العمل بأحكام هذه الوثيقة بما تشمله من أحكام خاصة بها" وبتلك المواد خّول المشرعين الكويتي والمصري لأطراف

---

[1] للمزيد أنظر سامي، فوزي، مرجع سابق، ص162.

[2] عبد المجيد، منير (1997). التنظيم القانوني للتحكيم التجاري الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص130.

اتفاق التحكيم أن ينصوا في اتفاقهم على خضوع إجراءات هذا التحكيم للقواعد الإجرائية المنصوص عليها في هذه الاتفاقيات أو تلك العقود النموذجية.

وقد أجاز المشرع المصري للأطراف أن يتفقوا على تطبيق قواعد من ابتكارهم لتحكم إجراءات الخصومة أو اللجوء إلى منظمة أو هيئة دائمة لكي تفض النزاع وفقا لإجراءاتها[1].

وبالنظر إلى ذلك يتضح لنا أن المشرع الكويتي والمصري قد حدد القانون واجب التطبيق على الإجراءات من خلال البحث في ثلاث حالات:

الحالة الأولى: وهى اتفاق الأطراف صراحة على القانون الذي يحكم إجراءات التحكيم، متفق مع القانون الكويتي، أو اتفاقهم على قواعد إجرائية من إنشائهم تحكم خصومة التحكيم، تفرد به المشرع المصري[2].

الحالة الثانية: وهى إخضاع إجراءات التحكيم للقواعد النافذة لأي منظمة أو مركز للتحكيم.

الحالة الثالثة: فهي حالة عدم اتفاق الأطراف على القانون أو القواعد الإجرائية الواجبة التطبيق على خصومة التحكيم وترك الأمر برمته للمحكم لاختيار القانون الذي يراه مناسباً لحكم الإجراءات مع مراعاة أحكام القانون الكويتي والمصري في هذا الشأن باعتبارهما دولتا قانون المقر وباعتبار نص المادة (182) فقرة "4" من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي، ونص المادة الأولى من قانون

---

[1] نص المادة 25 من قانون التحكيم المصري والتي تضمنت على انه" لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقهما في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في جمهورية مصر العربية أو خارجها فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم – مع مراعاة أحكام هذا القانون– أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة.

[2] المادة رقم (6) من قانون التحكيم المصري القانون رقم 27 لسنة 1994.

التحكيم المصري، واللتان ذهبتا إلى تطبيق القانون الكويتي والمصري على التحكيمات داخل الدولتين.

1. حالة اتفاق الأطراف على القواعد والقانون المطبق على الإجراءات:

اعترافاً من المشرع الكويتي والمصري بأهمية مبدأ سلطان الإرادة على جميع جوانب اتفاق التحكيم، بما في ذلك الإجراءات التي يتبعها المحكم للوصول إلى الحكم المنهي للخصومة، فقد أباح المشرعون لأطراف التحكيم الاتفاق على إخضاع إجراءات التحكيم للقواعد التي يختارونها أو ينشئونها من أجل هذا الغرض وفى هذا نصت المادة (182) فقرة "4" من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم (38) لسنة 1980، والمادة 25 من قانون التحكيم المصري.

فتطبيقاً لهذه المواد، يستطيع أطراف التحكيم أن يتفقوا على الإجراءات التحكيمية التي تنظم سير منازعة التحكيم، من حيث مكان إجراء خصومة التحكيم وميعادها واللغة المستخدمة في إجراءاتها، والقواعد المتبعة لسماع الشهود وتعيين الخبراء وكيفية الإعلان وتنظيم تبادل حقوق الدفاع وتقديم المستندات التي تبين الأسباب التي يستند عليها كل طرف في إثبات طلباته وحقه المشروع.

وبالرغم من الحرية الكاملة التي يعطيها المشرع للأطراف في اختيار القواعد المناسبة لحكم إجراءات التحكيم إلا أنه في الواقع العملي كثيراً ما يثبت أن صياغة الخصوم لهذه الإجراءات لا تكون محكمة بالمعنى المطلوب لسد جميع الثغرات والإجراءات التي تتطلبها خصومة التحكيم، وذلك لعدم وجود الخبرة الكافية لدى الأطراف في أحكام الصياغة القانونية لإجراءات النزاع، لذلك فقد جرى الواقع العملي على قيام الأطراف بالاتفاق على الأسس العامة التي تحكم إجراءات التحكيم مثل كيفية تشكيل هيئة المحكمة ومكان انعقادها والتاريخ الذي يحدد لإصدار حكم التحكيم واللغة المستخدمة، وجميع

الإجراءات التي يرونها كفيلة لتحقيق مطالبهم في السرعة والسرية، مع ترك تنظيم باقي إجراءات التحكيم وفق نصوص قانون وطني معين يكمل ما نقص من هذه الإجراءات.

هذا ويتم اختيار هذا القانون أما صراحة كأن ينص على تطبيق النصوص الإجرائية للقانون الفرنسي للتحكيم لسد ما نقص من القواعد الإجرائية التي اتفق عليها الأطراف في اتفاقهم على التحكيم، فهنا يحق للأطراف أن يتفقوا على اختيار أي قانون يطبق على الإجراءات.

وإما أن يتم اختيار هذا القانون بطريقة ضمنية، وذلك عن طريق اختيار مكان التحكيم[1]، بجانب عدم اختيار الأطراف لقانون بعينه لإكمال ما نقص من إجراءات لم يتفق عليها أطراف التحكيم، فيكون اختيارهم لمقر التحكيم دليلاً على انصراف إرادتهم إلى إخضاع الإجراءات لقانون دولة المقر.

وفى هذا الشأن ذهب جانب من الفقه[2]، إلى عدم إعمال معيار قانون دولة المقر عند خلو اتفاق التحكيم صراحة من تعيين القانون واجب التطبيق على ما نقص من قواعد إجرائية، والحل هو إعمال قواعد تنازع القوانين المعمول بها في هذه الدولة أو أن يهتدي المحكم وفق القرائن المعروضة عليه لمعرفة اتجاه إرادة الأفراد في هذا الشأن.

---

[1] للمزيد انظر: رضوان، ابوزيد (1981). الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، ص92. وكذلك: صادق، هشام على (1987). مشكلة خلو اتفاق التحكيم من تعيين أسماء المحكمين في العلاقات الخاصة الدولية، الفنية للطباعة والنشر، مصر، ص147.

[2] راجع رأى الأستاذة الدكتورة الحداد، حفيظة السيد، والتي استندت على آراء كلا من الفقهاء الفرنسيين Mayer, Goldman Gaillard – الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص60 وما بعدها.

2. حالة الاتفاق على إخضاع إجراءات التحكيم لمراكز وهيئات التحكيم:

تلك الهيئات والمراكز الدائمة التي انتشرت في جميع أنحاء العالم ولم يعد أمامها لإرادة الخصوم دوراً حاسماً في صياغة القواعد الإجرائية التي تنظم وتحكم إجراءات سير المنازعة، إذ يتضمن اللجوء إلى هذه المراكز أو الهيئات الدائمة ضرورة الإذعان للإجراءات المقررة في فحواها، سواء ما تعلق منها بكيفية تشكيل هيئة التحكيم واختيار المحكمين والمواعيد المقررة في ذلك، أو ما تعلق منها بتقديم الأدلة واتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية وكيفية صدور الحكم وشروطه، وبالتالي فإن لوائح تلك المراكز أو الهيئات أضحت تشكل قانوناً مستقلاً للتحكيم وإجراءاته، فيستطيع الأطراف الاهتداء بها لحكم إجراءات التحكيم ويصبحوا في حالة مرتفعة من الطمأنينة من أن تلك اللوائح سوف تسد جميع الظروف التي قد تواجه الخصومة التحكيمية.

3. حالة اختيار المحكم للقانون واجب التطبيق على الإجراءات:

وهنا أجاز المشرع الكويتي والمصري حرية الأطراف في الاتفاق على القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم، حتى يوسع من دائرة لجوء الأطراف إلى التحكيم كوسيلة من وسائل فض المنازعات بالطريقة السلمية.

وترى الباحثة أنه يمكننا أن نستخلص مما تقدم أن المشرع المصري قد أحسن صنعاً عندما وفر لأطراف التحكيم كامل الحرية في الالتجاء إلى قواعد أو قانون التحكيم ليحكم إجراءات خصومة التحكيم، بما لا يتعارض مع المبادئ الأساسية المتعلقة بالنظام العام والتي تتعلق بكفالة حق الدفاع واحترام المساواة بين الأطراف.

أخيراً فإنه أمام أطراف الخصومة عدة وسائل تساعدهم في اختيار وتحديد إجراءات التحكيم، وهى:

1- تولى الأطراف أنفسهم تنظيم إجراءات التحكيم.

2- اتفاق الأطراف على قيام هيئة التحكيم بتنظيم إجراءات التحكيم.

3- اتفاق الأطراف على إتباع الإجراءات المنصوص عليها في قانون وطني معين، أو المنصوص عليها في لائحة مركز دائم للتحكيم[1].

المطلب الثاني: قواعد إجراءات التحكيم في الاتفاقيات[2]:

قد يقوم الأطراف بتحديد القانون صراحة في اتفاق التحكيم، كأن ينص على أن القانون واجب التطبيق لتنظيم إجراءات التحكيم كما في القانون الإيطالي مثلا، أو أن يتفق الأطراف على هذا القانون بطريقة ضمنية، وذلك بأن يتفق الطرفان على اختيار بلد معين لإجراء التحكيم فيه (الكويت أو مصر)، ولا يتفقان في الوقت نفسه على خضوع الإجراءات لقانون آخر، فيكون اتفاقهم هذا دالا على تطبيق قانون مكان التحكيم.

وكما يحق للأطراف دائماً الاتفاق صراحة على عدة قوانين لتحكم إجراءات التحكيم، كأن يتفقوا على إخضاع طريقة تشكيل هيئة التحكيم للقانون المصري، وإعلان الأطراف لتقديم دفاعهم طبقاً

---

[1] انظر: أبو العلا، أبو العلا علي، مرجع سابق، ص216.

[2] من تلك الاتفاقيات:

- بروتوكول جنيف الصادر في 24 سبتمبر لعام 1923.
- اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية.
- الاتفاقية الأوروبية لعام 1961.
- نظام غرفة التجارة الدولية.
- ميثاق الصندوق العربي للإنماء الاقتصادي والاجتماعي.
- اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري.

للقانون الفرنسي، وسماع الشهود ومناقشة تقارير الخبراء وصياغة الحكم التحكيمي طبقاً للقانون البلجيكي.

وتأتى الصعوبة في تطبيق القانون واجب التطبيق على الإجراءات في حالة الاستعانة بقانون دولة المقر لحكم ما نقص من أحكام إجرائية، وذلك عندما يكون مكان خصومة التحكيم موزعة بين أكثر من دولة، فيثور تساؤل عن دور الأطراف في تحديد الإجراءات في الاتفاقيات الدولية، فهنا نجد أن بعض الاتفاقيات الدولية تعتد بالمكان الذي صدر فيه حكم التحكيم، وليس بمقر التحكيم، وهذا ما تقضى به المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك من أنه"لا يمكن رفض الاعتراف بالحكم وتنفيذه بناءً على طلب الطرف الذي يجرى للقانون الذي أخضعه له الأطراف، أو في حالة عدم النص على ذلك، فطبقا لقانون الدولة التي صدر فيها الحكم[1]....".

كذلك تقضى المادة السادسة من اتفاقية جنيف لسنة 1961 الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي بين الدول الأوربية بأنه "تطبق محاكم الدولة المتعاقدة في النزاع في اتفاقية التحكيم (في غير أهلية الأطراف) القانون الذي أخضع له الأطراف اتفاق التحكيم، وفى حالة عدم وجود إمارة في هذا الشأن، فيطبق قانون البلد الذي يصدر فيه الحكم[2]".

وتميل الباحثة لهذا النص حيث إنه ليس من المعقول أن نقوم بتطبيق قانون دولة ما على إجراءات التحكيم بسبب قيام هيئة التحكيم باتخاذ إجراء أو أكثر لضرورة ما تطلبها حسن سير المنازعة في هذا البلد.

---

[1] اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية.

[2] المادة السادسة من اتفاقية جنيف (الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي) 1961.

كما ترى الباحثة أن تطبيق هذا القانون يتطلب معيار المكان في حالة عدم الاتفاق صراحة على القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة وضرورة الاستفادة منه في كل ما لم يتضح مباشرة في أثناء اتفاق التحكيم وخصومته، وتصدق نفس النتيجة أيضاً في حالة ما إذا اتفق الأطراف بعبارة عامة على إخضاع التحكيم لقانون ما، هنا نطبق أيضا هذا القانون على الإجراءات وموضوع النزاع على السواء.

وهذه القواعد التي تتعلق بالنظام العام، تتلخص في كفالة حقوق الدفاع والمساواة بين الأطراف في خصومة التحكيم، وهذه المبادئ تجد كثيرا من الاحترام في جميع الاتفاقيات والأنظمة الدولية وفى جميع القوانين واللوائح المنظمة لمراكز التحكيم، إذ تنص المادة الخامسة فقرة (ب) من اتفاقية نيويورك على أنه يجوز إبطال قرار التحكيم إذا استحال على أي من الخصوم أن يقدم دفاعه، كما تنص اتفاقية موسكو 1972 بشأن التحكيم في منازعات التعاون الاقتصادي والعلمي والتقني بين دول مجلس المساعدة الاقتصادية المتبادلة في مادتها الخامسة على جواز رفض تنفيذ قرار التحكيم إذا أثبت الطرف المحكوم عليه أنه قد حرم من إمكانية الدفاع عن حقوقه نتيجة لخرق إجراءات التحكيم أو لأسباب أخرى لم يستطع استبيانها.

ومن هنا يتبين لنا أن هذه القواعد التي اعترفت بها جميع الدول والاتفاقيات ذات مغزى عالمي جوهرها أن يعامل الخصوم على قدم المساواة، وأن يكفل لهم على هذا النحو حق سماع دفاعهم في كل ما يتعلق أو يثار في النزاع[1].

---

[1] راجع: رضوان، أبو زيد (1981). الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 116-117. كذلك راجع في هذا الشأن أيضا: مبروك، عاشور (1998). النظام الاجرائى لخصومة التحكيم- الطبعة الثانية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ص106.

وبالتطرق إلى نصوص الاتفاقيات الدولية المختلفة نجد أنها قد تنوعت في أحكامها، كما يلى:

أولاً : بروتوكول جنيف الصادر في 24 سبتمبر لعام 1923:

أكد البروتوكول في طيات مواده على دور الأطراف في تحديد الإجراءات التي يجب اتباعها في التحكيم حيث تضمن حرية الأطراف في تحديد إجراءات التحكيم بما في ذلك تشكيل هيئة التحكيم(1).

ثانياً: اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية:

لقد أقرت الاتفاقية وفقاً لنصوص موادها مبدأ حرية الأطراف في تعيين القانون والقواعد الواجبة التطبيق في إجراءات التحكيم، كما وضحت أن قانون مكان التحكيم لا يطبق إلا في حالة عدم اتفاق الأطراف (2).

ثالثاً: الاتفاقية الأوروبية لعام 1961:

بدورها أكدت الاتفاقية الأوروبية لعام 1961أيضاً على حرية الأطراف في تحديد الإجراءات التي تحكم عمل المحكمين(3).

رابعاً: نظام غرفة التجارة الدولية:

---

(1) المادة الثانية من بروتوكول جنيف الصادر في 24 سبتمبر لعام 1923.

(2) المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية:

(1) لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ الدليل على:

(أ) ………… (ب)……….. (ج) ……… (د) أن تشكل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالف لما اتفق عليه الأطراف أو القانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق. (هـ) …….

(3) المادة الرابعة الاتفاقية الأوروبية لعام 1961.

كذلك تضمن نظام غرفة التجارة الدولية الساري من 1988/1/1 في شأن القواعد الواجبة التطبيق على الإجراءات، على التأكيد وفقاً لمادته الحادية عشر أن القواعد الواجبة التطبيق على الإجراءات أمام المحكمة هي تلك المستمدة من هذا النظام. وفى حالة خلوها من أحكام تعالج أمر معين، فيجب تطبيق القواعد التي تحددها الأطراف، وفى حالة سكوت الأطراف عن تحديد تلك القواعد، يتولى المحكم تحديدها[1].

خامساً: اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري:

لقد تضمنت مواد الاتفاقية أن الهيئة تفصل في النزاعوفقاً للعقد المبرم بين الطرفين وأحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحة أو ضمنا، وإلا كان الملجأ إلى أحكام القانون الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع مع تقييد ذلك بمراعاة قواعد الأعراف التجارية الدولية المستقرة [2].

سادساً: ميثاق الصندوق العربي للإنماء الاقتصادي والاجتماعي:

منحت مواد ميثاق الصندوق العربي للإنماء الاقتصادي والاجتماعي للأطراف حق اللجوء إلى التحكيم في حسم المنازعات التي قد تحدث بين الصندوق والمقترض، على أن ينص على هذا الشرط في جميع الاتفاقيات الخاصة بالقروض التي يعقدها الصندوق [3].

---

[1] تأسست غرفة التجارة الدولية في عام 1919 بهدف خدمة قطاع الأعمال الدولي عن طريق تعزيز التجارة والاستثمار وفتح الأسواق للسلع والخدمات والتدفق الحر لرأس المال.

[2] المادة (1\21) من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري، المبرمة في 16 شعبان 1407هـ الموافق 1987/4/14م.

هذا وتضم اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الحكومات التالية:

المملكة الأردنية الهاشمية – الجمهورية التونسية – جمهورية الجزائر الديمقراطية الشعبية – جمهورية جيبوتي – جمهورية السودان – الجمهورية العربية السورية – الجمهورية العراقية – فلسطين – الجمهورية اللبنانية.

[3] المادة (37) من ميثاق الصندوق العربي للإنماء الاقتصادي والاجتماعي.

ونستخلص مما سبق أن:

- حرية الأطراف في الاتفاق على القواعد التي تحكم الإجراءات التحكيمية سواء أكان التحكيم مؤسسياً أم حراً.
- في حالة عدم اتفاق الأطراف على تحديد القواعد الإجرائية، فلهيئة التحكيم الحرية في تسيير العملية التحكيمية، مع العلم بأنه يمكن لهيئة التحكيم عدم التقّيد بالإجراءات المتبعة أمام المحاكم الوطنية، وهذا يعني أن المحكم يتقيد أولاً بما يتفق عليه الأطراف، فإذا لم يتفقوا على طريق معين لسير الإجراءات كان لهم الحرية الكاملة في تسيير العملية التحكيمية.
- في حالة وجود حركة تعاون بين المحكمين والمحاكم القضائية حيث تستعين هيئة التحكيم بالقضاء لتنفيذ بعض الإجراءات، مثل تنفيذ الإجراءات التحفظية على الأموال التابعة للمدعى عليه، أو إحضار شاهد للإدلاء بشهادته أو إلزام طرف آخر بإحضار مستندات هامة في الدعوى موجودة تحت يديه.

هذا ويرجع تاريخ نشأة الصندوق العربي للإنماء الاقتصادي والاجتماعي إلى عام 1968 حينما وافق وزراء المال والاقتصاد والنفط على اقتراح دولة الكويت الذي تم بموجبه إحياء هذه الفكرة، فكان إنشاء الصندوق العربي للإنماء الاقتصادي والاجتماعي لدفع مسيرة التعاون والتكامل العربي.
فأنشئ الصندوق العربي للإنماء الاقتصادي والاجتماعي برأس مال مدفوع يقدر بـ 100 مليون دينار كويتي، بعد اعتماد نص اتفاقية الإنشاء من قبل الجامعة العربية في يوم 1968/05/16، ليعقد فيما بعد أول اجتماعاته الرسمية بالكويت في يوم 1972/02/06م.

المبحث الثالث

القانون الذي يحكم النزاع

مما لا شك فيه أن لتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع أهمية كبيرة، سواء كان ذلك من الناحية الموضوعية أو الإجرائية، وسواء كان هناك اتفاق بين الأطراف على تحديد هذا القانون[1]، أو كذلك في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف على تحديده، حيث إن أهم ما يميز التحكيم أن الأطراف هم الذين يختارون القانون الذي يطبق على نزاعهم. على أن يلتزم المحكم بالتقيد بما اتفق عليه الأطراف وعدم الخروج عنه أو تجاوزه إلى غيره، وإلا كان حكمه باطلاً[2]، إلا أن سلطة المحكم أو هيئة التحكيم في اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع تختلف عند اختيار القواعد القانونية المطبقة على إجراءات النزاع[3]، سواء من حيث حرية المحكم في ذلك أو من حيث القيود التي ترد على هذه الحرية.

من أجل بيان ذلك نقسم الدراسة في هذا المبحث إلى:

المطلب الأول: حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم النزاع.

المطلب الثاني: سلطة المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع.

المطلب الثالث: القواعد القانونية المختارة.

---

[1] انظر: أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 1999، ص83.

وراجع كذلك: عبد الله، أحمد عز الدين (1978). تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص، بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة، السنة التاسعة والستون، العدد371، يناير.

[2] انظر: أبو العنين، محمد (2000). إجراءات التحكيم التجاري الدولي، الدورة العامة لإعداد المحكم، كلية حقوق عين شمس، في الفترة من 22- 27 يناير-2000. ص1.

[3] انظر: إبراهيم، إبراهيم احمد (2000). التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ص132.

كذلك راجع: الأحدب، عبد الحميد (2000). موسوعة التحكيم، الجزء الثاني، دار المعارف، ص257.

المطلب الأول: حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم النزاع.

تلعب إرادة الأطراف كضابط إسناد دوراً بارزاً في اختيار القواعد القانونية التي تحكم النزاع المحكم فيه، حيث اعترفت جميع التشريعات والاتفاقيات الدولية للإرادة في تحديد القانون أو القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع التحكيم.

إن الدور المهم الذي تلعبه إرادة الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه يدفعنا إلى التساؤل عن مدى تمتع الأطراف بهذه الحرية، وهل هذه الحرية تخضع لقيود؟ وإذا ما تم الاختيار فما هي القواعد التي يختارها الأطراف[1].

أولاً : مدى حرية الأطراف في الاختيار:

من القواعد المسلم بها في هذا المجال حرية اتفاق أطراف العقد في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع[2]، وذلك تطبيقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وتطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة[3]، ولا يرد على حرية الأطراف في اختيار قانون معين سوى عدم مخالفة هذا الاختيار للقواعد

---

[1] الفقي، عاطف (2004). التحكيم في المنازعات البحرية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص479.

[2] من أهم المبادئ القانونية الصادرة في القضايا التي نظرت تحت مظلة مركز القاهرة الاقليمى للتحكيم التجاري الدولي" إن من المقرر قانونا أن أحكام الاتفاق بين المتعاقدين في المواد التجارية هي الواجبة التطبيق وهى بذلك تسبق تطبيق نصوص القانون التجاري وغيره من القوانين بالمواد التجارية، ما لم تكن قواعد تلك القوانين آمرة، ويلي تطبيق تلك النصوص قواعد العرف التجاري والعادات التجارية ومفاد ما تقدم أن أحكام الاتفاق بين المتعاقدين (متى وجدت) يتعين تطبيقها على النزاع".

انظر الحكم الصادر في: القضية التحكيمية رقم 151 سنة 2000، جلسة 2000/6/8، والمنشور حكمها في مجلة التحكيم العربي، العدد الثالث، أكتوبر 2000، ص210.

[3] انظر: القليوبى، سميحة (2012). الأسس القانونية للتحكيم التجاري وفقا للقانون رقم 27 لسنة 1994، دار النهضة العربية، ص77.

القانونية الآمرة أو اختيار قانون معين بقصد إدخال غش معين، لإبعاد القانون الذي كان يجب (أو من المفروض) أن يختص بحكم موضوع النزاع [1].

وبموجب هذه الحرية يستطيع الأطراف اختيار القانون أو القواعد القانونية التي تحكم منازعاتهم المحتملة منذ لحظة التعاقد، كما يجوز لهم أيضاً تعديل القانون السابق اختياره مع مراعاة حقوق الغير، وأن لا يؤدي ذلك التغير إلى إبطال العقد الذي نشأ صحيحاً وفقاً للقانون الذي تم اختياره سابقاً، وأن لا يكون المقصود من التغير التحايل على القواعد القانونية الآمرة في القانون السابق أو القانون الواجب التطبيق الذي حدده المشرع عند سكوت الإرادة عن الاختيار [2].

أما عن كيفية تعيين الإرادة، فإن من المنطقي أن يحدد الأطراف القواعد القانونية التي تحكم نزاعهم تحديداً صريحاً، كأن يتفقوا على أن قانون دولة (س) هو القانون الواجب التطبيق، أو أن الأعراف والعادات التي استقر التعامل فيها بشأن مسألة معينة هي واجبة التطبيق.

ويتنوع اختيار القواعد القانونية واجبة التطبيق إلى عدة أشكال:

- إما أن يكون في العقد الأصلي.
- وإما أن يكون في اتفاق مستقل.

إما أن يقوم المحكم بالاختيار الضمني للقواعد القانونية من ظروف العقد والقرائن التي تعبر بوضوح عن إرادة المتعاقدين، وذلك في حالة عدم اختيار الأطراف القواعد القانونية التي تحكم النزاع محل

---

[1] للمزيد انظر: صادق، هشام على (1995). القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف الاسكندرية.
[2] صادق، هشام علي (2001). القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص477.

التحكيم، وأمام الصعوبات التي تقف في استخلاص الإرادة الضمنية للأطراف، يري البعض ضرورة تشجيع الشركات والمشروعات التي تستثمر في التجارة الدولية، أن تختار بصراحة القانون أو القواعد القانونية التي تحكم منازعاتهم المحتملة، وذلك لقطع دابر أي شك حول الإرادة الضمنية للأطراف [1].

أما في حالة اختيار الأطراف القواعد القانونية واجبة التطبيق على منازعتهم، فإن ذلك يلقي على عاتق المحكم واجب تطبيق القواعد القانونية المختارة التي اتفق عليها الأطراف، ويترتب على مخالفة ذلك بطلاً حكم المحكم، تأسيساً على أن هيئة التحكيم تستمد ولايتها من طرفي التحكيم ولا تلتزم إلا بما يتفقان عليه، ولا يؤدى ذلك إلى اعتبار أعضاء هيئة التحكيم ممثلين عن أطراف النزاع، وإنما مهمتهم تتجاوز التمثيل إلى الفصل في النزاع، وخير دليل على ذلك أن هيئة التحكيم لا تطبق القانون المختار إذا تبين لها أنه لا يتناسب مع موضوع النزاع، فهنا في مثل هذه الحالة يجب على المحكم أن يبحث عن القواعد القانونية المناسبة لكي تطبق على موضوع النزاع. وإلى جانب ذلك يستطيع المحكم أو هيئة التحكيم استبعاد القانون أو القواعد القانونية المختارة بسبب مخالفتها لقواعد النظام العام أو أنه قد تم الحصول عليها بطريق التحايل[2].

ثانياً: القيود التي ترد على حرية الاختيار:

يجب على الأطراف عند اختيارهم القانون الذي يحكم نزاعهم أن يقوموا باختياره بحسن نية وأن لا يخالف هذا القانون النظام العام والذي يتم التطرق إليه كما هو مشار إليه أدناه.

---

[1] انظر: سلامه، أحمد عبد الكريم (2000). قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ص181.

[2] انظر: الجمال، مصطفى وعبد العال، عكاشة، مرجع سابق، ص255.

النظام العام:

" تُعبّر فكرة مفهوم النظام العام الدولي عن مجموعة المصالح الأساسية للجماعة الدولية أو المصلحة العليا والتي لا يتصور بقاء كِيانهاسليماً دون الاستقرار عليها، كما أن القواعد القانونية المتعلقة بها هي قواعد آمرة لا يجوز الإنفاق على ما يخالفها فهي بذلك تفرضقيداً على الإرادة ففكرة النظام العام الدولي تتعلق بالأسس الجوهرية التي يقوم عليها القانون الدولي، وذلك عن طريق مجموعة من القواعد الآمرة التي تصدر عن الإرادة الشارعة لأشخاص القانون الدولي، والتي لا يجوز مخالفتها ضماناً لتحقيق الحد الأدنى من المصالح التي لا يمكن للمجتمع الدولي الاستغناء عنها في سبيل بقائه، فهي السياج القوي الذي يحمي النظام القانوني الدولي".

لذا يجب على الأطراف عند اختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع، احترام النظام العام، وهو ما يفرض أيضاً على المحكم عند تطبيقه للقانون الذي اتفق عليه الأطراف، لذلك لابد أن يحترم الأطراف القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام في القانون المختار والقواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام الدولي[1].

إن القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام في القانون الواجب التطبيق تفرض على الأطراف احترامها وعدم مخالفتها لكن ما الحل لو أن بعض شروط العقد تخالف النظام في القانون المختار، فماذا يفعل المحكم في مثل هذه الحالة؟

---

[1] الحواري، أسامة، مرجع سابق، ص105.

وهنا نقول أنه في جميع الأحوال لا يجوز للأطراف الاتفاق على استبعاد القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام في القانون المختار. أما إذا اتفق الأطراف على استبعاد القواعد المتعلقة بالنظام العام في القانون المختار فإن المحكم يستبعد ذلك الاتفاق.

هذا ويجب على المحكم أن يراعي النظام العام في قانون الدولة الأجنبية المراد تنفيذ الحكم فيها لضمان فعالية تنفيذ حكم التحكيم في تلك الدولة، ويذهب البعض إلى أن مراعاة الحكم للنظام العام في الدولة المراد تنفيذ حكم التحكيم فيها لا ُيعد الحالة الوحيدة، وإنما يجب عليه أن يراعي النظام العام في كل الدول الأجنبية بحجة أن هذا الأمر ُيعد من الواجبات التي تلقى على عاتق المحكم تجاه المجتمع الدولي[1].

ومما سبق ترى الباحثة ضرورة أن يحترم المحكم القواعد المتعلقة بالنظام العام في الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها، وإلا فإن مصير هذا الحكم هو عدم التنفيذ، بالإضافة إلى احترام القواعد ذات التطبيق الضروري في قواعد الدولة الأجنبية إذا كان هناك رابط يربطها بالنزاع المحكم فيه.

المطلب الثاني: سلطة المحكم في اختيار القانون واجب التطبيق على النزاع:

حرصت غالبية النظم القانونية على احترام إرادة المحتكمين فيما يتعلق باختيارها للقواعد القانونية التي تحكم موضوع النزاع، وإعمالها سواء كانت صريحة أو ضمنية، ما دامت لا تخالف النظام العام في الدولة المختصة، وطالما لم يكن الاختيار مشوباً بالغش نحو القانون الذي كان من المفروض أن يحكم النزاع.

---

[1] الحواري، أسامة، مرجع سابق، ص106.

إلا أن هناكتبايناً في مختلف الأنظمة القانونية حول الحدود التي يقف عندها سلطان الإرادة بسبب عدم تحديد المحتكمين للقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع؛ ولهذا فإنه ومن الضروري أن تلجأ هيئة التحكيم في بحثها عن قواعد تنازع القوانين لتوصلها إلى القانون واجب التطبيق إلى خمسة معايير هي: مكان التحكيم، مكان توقيع العقد، مكان إقامة أطراف العقد، محل إقامة أطراف العقد، بلد تنفيذ العقد، لغة العقد أو لغة التحكيم إذا اختير للعقد لغة وللتحكيم لغة أخرى.

والمحكم وهو بصدد تعرضه لهذه المشكلة، فإن مركزه يختلف عنه بالنسبة للقاضي الوطني، فهذا الأخير مقيد بإتباع القواعد القانونية لقانون اختصاصه أي قانون دولته، وبالتالي يتعين عليه إتباع قواعد الإسناد في قانونه للوصول إلى تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، فهي تعد الوسيلة الرئيسية في تحديد هذا القانون، ويتقيد القضاء بتطبيق القانون الذي تشير إليه قواعد الإسناد، وقد يكون هذا القانون هو قانون القاضي أو قانون أجنبي آخر [(1)].

أما المحكم فليس له قانون اختصاص ولا يصدر أحكامه باسم هذه الدولة أو تلك، ومن ثم لا يخضع بالتالي لسيادة أي دولة حتى ولو كانت هي أو أحد رعاياها أو كلاهما طرفاً في المنازعة المنظورة أمام المحكم.

وقد نصت المادة (36/ب) من قانون التحكيم الأردني على أنه: "وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه أكثر اتصالاً بالنزاع" ، ولكن نجد أن المشرع الكويتي لم يأت بنص صريح في هذا الشأن

[(1)] إبراهيم، إبراهيم احمد (2000). التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص154.

مثلما فعل المشرع الأردني حيث نصت المادة 182 مرافعات كويتي بأنه "ويكون حكم المحكم على مقتضى قواعد القانون".

وبالتالي يتضح أن سلطة المحكم في اختيار القانون واجب التطبيق لها الطابع الاحتياطي، فلا يمارس سلطة الاختيار إلا عند غياب اتفاق الخصوم عن تعيين القانون واجب التطبيق، ويتقيد في ممارسة هذه السلطة بأية قيود يتفق عليها المحتكمين في الحدود التي لا تتعارض مع القواعد الآمرة (أي مع قواعد النظام العام في الدولة)[1].

ونجد بأن المشرعين الأردني والكويتي قد أعطيا الصلاحية لهيئة التحكيم لاختيار القانون الأكثر اتصالاً بالنزاع دون تحديد ضوابط لهذا الاتصال أو الملائمة، تاركين الأمر لمطلق تقدير المحكم لما يراه أنسب للنزاع، والقانون الأنسب سيختلف باختلاف ظروف النزاع ، وبالتالي فهو معيار موضوعي وليس شخصي، ومن المؤشرات الموضوعية التي تعكس الصلة بين النزاع والقانون الملائم، اختيار قانون إبرام أو تنفيذ العقد أو قانون مكان العقد.

ويقع على عاتق المحكم التحقق من صحة اختيار المحتكمين لقانون العقد ومدى تطابق ذلك مع القواعد الملزمة للقانون مثل قانون إبرام أو تنفيذ العقد أو قانون مكان إبرام العقد والمسائل الأخرى التي تتعلق بقواعد القانون الدولي الخاص، والأمر يصبح في غاية الصعوبة في حالة عدم تعيين لقواعد تنازع القوانين التي تطبق على النزاع، فما هي المعايير الواجب اتباعها لتطبيق قواعد قانون دولي خاص معين دون آخر.

---

[1] القضية التحكيمية رقم 151 لسنة 2000، جلسة 2000/6/8م، مرجع سابق، ص210.

اختلفت الآراء هنا، حيث ذهب البعض من أنصار الطبيعة القضائية للتحكيم إلى الإسناد إلى قانون البلد الذي يجرى فيه التحكيم والذي يعبر عنه بقانون مقر التحكيم، متأثرين بالطبيعة القضائية للتحكيم. وولاية قانون مقر التحكيم ليس في شأن إجراءات التحكيم فقط، وإنما أيضاً في شأن قواعد الإسناد التي تحدد القانون واجب التطبيق[1].

وقد نصت المادة 36/ د من قانون التحكيم الأردني على أنه "يجوز لهيئة التحكيم، إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح، أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون"، وكذلك نصت المادة 182 مرافعات كويتي بأنه "ويكون حكم المحكم على مقتضى قواعد القانون إلا إذا كان مفوضا بالصلح فلا يتقيد بهذه القواعد عدا ما تعلق منها بالنظام العام".

وعليه، فإذا تم اتفاق المحتكمين على إعفاء المحكم من الالتزام بأحكام القانون، وتفويضه بعبارات صريحة وواضحة بالتحكيم بينهما بالصلح، يفصل المحكم في النزاع الدائر بينهما على أساس قواعد العدل والإنصافمستبعداً تطبيق أحكام وقواعد القانون،وملتزماً بطبيعة الحال باحترام قواعد النظام العام[2].

المطلب الثالث: القواعد القانونية المختارة:

إذا كان للأطراف الحرية في اختيار القانون أو القواعد القانونية التي تحكم نزاعهم فما هي تلك القواعد التي يختارونها؟ للإجابة على هذا التساؤل السابق يقتضي الحديث عن القواعد الموضوعية

---

[1] الفقي، عاطف، مرجع سابق، ص488.

[2] الزعبي، محمد، (بدون سنة نشر). قانون التحكيم كنظام اتفاقي من نوع خاص ، دار سمير للطباعة (samir edition)، القاهرة، مصر، ص198.

الداخلية في القانون الوطني المختار وعن القواعد الموضوعية الدولية والتي تشكل ما يسمى بالقواعد الدولية:

أولاً : الأحكام الداخلية في القانون المختار:

"لقد نصت العديد من التشريعات الوطنية وكذلك الاتفاقيات الدولية في أن تنصب حرية اختيار الأطراف للقانون الذي يحكم النزاع محل التحكيم على الأحكام الداخلية في ذلك القانون دون تلك المتعلقة بالقانون الدولي الخاص، مما يعني أنه لا مجال للأخذ بالإحالة في الحالة التي يختار فيها المتعاقدان قانوناًمعيناً ليحكم نزاعهم، وذلك لان الأطراف عندما يختارونقانوناً ليحكم نزاعهم، فمن المفترض أنهم يعرفونه وأنهم اختاروه على أساس أنه الأقدر على حسم نزاعهم، فهو يحقق مصالحهم، ولو كان الأطراف يريدون اختيار القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد في القانون المختار من قبلهم لاختاروه مباشرةاستناداً إلى قانون الإرادة"[1].

"وإذا ما تم اختيار قانون دولة ما من قبل الأطراف للانطباق على نزاعهم، فإنه في تلك الحالة يجب عليهم احترام القواعد الآمرة في ذلك القانون، سواء أكانت هذه القواعد قواعد ذات تطبيق ضروري أم قواعد آمرة متعلقة بالنظام العام، وعليه لا يجوز للأطراف الاتفاق على استبعاد القواعد الآمرة في القانون المختار حتى لو أدى ذلك إلى بطلان العقد، على أن يجوز للأطراف الاتفاق على إخضاع نزاعهم إلى أكثر من قانون عن طريق استخدام آلية التجزئة، وتعتبر هذه الآلية تعبير عن رغبات الأطراف في اختيار أكثر

[1] انظر: عبد العال، عكاشة (2007). تنازع القوانين، دار الجامعة الجديدة، مصر، ص271.

القوانين مناسبة لحكم نزاعهم، فقد يلجأ الأطراف إلى ذلك لتلافي إبطال عقدهم بسبب الغبن، لذا فإنهم يخضعون عقدهم إلى قانون دولة ما حتى لا يترتب على ذلك بطلان العقد بسبب الغبن. وإذا ما تم اختيار قانون دولة أخرى لحكم بقية المسائل المتعلقة بالعقد، فإن هذا العقد لا يمكن إبطاله بسبب الغبن ولو كان قانون الدولة الأخيرة يرتب البطلان بسببه وإنما يبطل العقد بسبب آخر كسبب لإكراه أو الغلط أو التدليس"[(1)].

ولقد استخدمت الكثير من التشريعات لفظ القواعد القانونية عندما نصت على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المحكم فيه،فمثلاً قضت الفقرة أ من المادة 36 من قانون التحكيم الأردني بأنه تُطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان" وكذلك المشرع الكويتي في المادة 182 من قانون المرافعات، فلفظ القواعد القانونية يشير إلى القواعد الوطنية والقواعد الدولية على حد سواء، ومن هنا يستطيع الأطراف اختيار القواعد الدولية لتحكيم النزاع المحكم فيه.

ثانياً: القواعد الدولية:

لقد أصبحت أغلب التشريعات وعلى رأسها القانون النموذجي للتحكيم لسنة 1985 تستخدم لفظ القواعد القانونية، وبموجب هذا اللفظ العام يستطيع الأطراف اختيار القواعد الدولية التي تحكم موضوع النزاع المحكم فيه.

أما عن الاتجاهات الفقهية المؤيدة لتطبيق القواعد الدولية فهي متعددة، فقد ذهب اتجاه إلى القول بأن مجرد اختيار التحكيم كوسيلة لفض النزاع الماثل بينهما يُعد دلالة في حد ذاته على إخضاع النزاع المحكم فيه للقواعد الدولية، أما الاتجاه الثاني فأكد على أن القواعد الدولية لا تطبق إلا إذا اختارها

---

(1) انظر: صادق، هشام، المرجع السابق، ص941.

الأطراف صراحة أو أن إرادتهم انصرفت بشكل أكيد لتطبيقها، وفي الاتجاه الأخير انقسم الفقهاء إلى رأيين، رأي يقول أن القواعد الدولية لا تطبق إلا بصفة احتياطية فهي عبارة عن قواعد مكملة للقواعد الوطنية، أما الرأي الثاني فيرى أن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين يسمح للأطراف باختيار القواعد التي تحكم نزاعهم ولو كانت هذه القواعد لا تنتمي إلى قانون دولة معينة[1]، ونحن نؤيد هذا الرأي حيث إن الأطراف يستطيعوا اختيار القواعد الدولية لتحكم النزاع المحكم فيه سواء أكان ذلك بصفة مستقلة أم بصفة مشتركة مع القوانين الوطنية فما المقصود إذا بتلك القواعد الدولية؟، يقصد بالقواعد الدولية تلك التي تتجسد في الاتفاقيات الدولية والعقود النموذجية والشروط العامة، والمبادئ العامة والأعراف المعمول بها في مجال التجارة الدولية.

وترى الباحثة أنه من واجب المحكم البحث عن مضمون القواعد القانونية واجبة التطبيق على النزاع المحكم فيه، إلا أنه يجب التفرقة بين أمرين:

- **الأمر الأول:** يتعلق بالحالة التي يحدد فيها الأطراف القواعد واجبة التطبيق، كأن يقولوا مثلاً أن نزاعهم يسري عليه العادات والأعراف التجارية التي استقر التعامل بها، فهنا يجب على المحكم أن يطبق ما اتفق الأطراف على اختياره.
- **الأمر الثاني:** يخص الحالة التي يعين فيها الأطراف القانون التجاري الدولي بشكل عام، في مثل هذه الحالة يقع على عاتق المحكم واجب البحث عن القواعد القانونية واجبة التطبيق من مصادرها المتعددة سواء أكانت هذه المصادر دولية أم قضائية أم من القانون المقارن.

---

[1] للمزيد في تلك الآراء انظر: عبد العال، عكاشة، المرجع السابق، ص253.

الفصل الخامس

الخاتمة والنتائـج والتوصيات

أولاً : الخاتمة:

لقد كان تطور واتساع مجال التحكيم بمثابة رد فعل مضاد لحرفية القضاء وتعبيراً عن رغبة أطراف النزاع في التخلص منه واللجوء إلى حل نزاعاتهم طبقاً لمبادئ أكثر رحابة من تلك التي يتضمنها القانون الوطني. وتظهر خصوصية التحكيم باعتباره أداة اتفاقية لتحقيق العدالة فالالتجاء إلى التحكيم مرهون باتفاق الطرفين على طرح نزاعهم أمام من يرتضونه قاضياً بينهم فأساس التحكيم بطبيعة الحال رضا طرفي التحكيم.

هذا ومن خلال ما استعرضناه في هذه الدراسة من نصوص وأحكام لقانون التحكيم وما بينه لنطاق تطبيقه وإجراءات سريانه فإنه يتضح لنا بجلاء أهمية التحكيم في خلق الجو المناسب الذي من خلاله تستطيع المؤسسات العامة والخاصة على السواء في الانطلاق نحو العالمية في شتى المعاملات التجارية والمدنية ومجالات الاستثمار، وفتح أبوابا لتدفق المستثمرين الأجانب لضخ استثماراتهم داخل البلاد، ورأينا مدى عمق المشرع في التمسك بالحرية الكاملة للأطراف في تحديد جميع جوانب اتفاق التحكيم وخصومته، وشرحه لنصوص قانون التحكيم وتفسير المدلولات المتعلقة بنطاق تطبيق القانون الواجب التطبيق على النزاع القائم بين الأطراف، وعرضنا أيضا سلطة المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق بما يقوم به المحكم من دور فعال في حل النزاع بأسرع وأسهل الطرق فمهما توفر في التحكيم من دقة وفاعلية، فإن من أهم عوامل نجاحه شخص المحكم وما يتمتع به من سلطات وما

يحمله من خبرات، فلأطراف لا يقدمون على اختيار التحكيم كأسلوب لحسم النزاع إلا من خلال توقعهم لمعاملة عادلة، وأسلوب متخصص في إدارة الخصومة التحكيمية.

ثانياً: النتائج:

لقد أسفرت هذه الدراسة عن بعض النتائج، نعرضها في الآتي:

1. يمثل التحكيم قضاءً خاصاً، بموجبه قد تسلب المنازعات من جهة القضاء الوطني، ليتم الفصل فيها بواسطة أشخاص محددين أو مؤسسات تحكيمية يعهد إليهم بممارسة وظيفة قضائية (سواء مستشارين من القضاء أو خاصة).
2. كان ومازال من أهم مميزات نظام التحكيم السرية والمرونة والسرعة والطمأنينة، فإذا ما صادف هذه المميزات أي عقبات (مثل عدم اختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق) فلابد من الوقوف عليها لإزالتها، حتى ينجح التحكيم ويحقق أهدافه.
3. يعد التحكيم عقداً في أساسه، وقضاء له وظيفته، أي نظام مركب من عناصر عقدية وعناصر قضائية. تتمثل العناصر العقدية في اتفاق التحكيم الذي يعد مظهراً لإرادة الأطراف، ويخضع لما تخضع له العقود من أحكام، من حيث إجراءاته وبطلانه، وتتمثل العناصر القضائية في الطبيعة القضائية لمهمة المحكم وما يصدر عنه من أحكام.
4. يتميز التحكيم ببعض الخصائص التي تباعد بينه وبين غيره من الأنظمة القانونية الأخرى والتي قد تتشابه معه، مثل الصلح والتوفيق والخبرة والوكالة، وهذا ما يؤكد استقلاله وخصوصيته.

5. إن المركز القانوني الذي يثبت للمحكم خلال أدائه لمهمته يفرض عليه الالتزام بالعديد من المبادئ والأسس التي تعتبر جوهرية بالنسبة للخصومة التحكيمية، وثّبت لأية مهمة قضائية وأهمها وجوب الالتزام بالإفصاح، والتمتع بالحياد والاستقلال.
6. أن الشروط التي رتبها المشرع ومعظم تشريعات وأنظمة التحكيم لمن يتولى مهمة التحكيم، تمثل الشروط الدنيا في أي شخص يمكن أن يتولى مهمة التحكيم، وذلك لأن المعيار الأساسي في اختيار المحكم هو توافر الثقة.
7. هناك تباين واضح في أساليب وأنظمة التحكيم الدولية بشأن تشكيل هيئة التحكيم، فمنها ما يعطى للأطراف المتنازعة، سلطة واسعة في اختيار المحكمين، مع تقليص دور الأطراف المتنازعة في هذا الشأن فيقصر دورهم على اقتراح أسماء تختار المؤسسة أو المركز من بينها، ومنها ما يقصر دوره على اختيار المحكم المرجح الثالث، تاركاً لكل طرف من طرفي النزاع اختيار محكمه.
8. يحظى القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم بأهمية بالغة لأطراف اتفاق التحكيم، لأنه سيحكم سير الخصومة وكل ما يعد إجرائي، والذي من شأنه الوصول إلى حكم تحكيم قابل للاعتراف به وتنفيذه.
9. للقواعد القانونية واجبة التطبيق على النزاع أهمية كبيرة في جميع مراحل التحكيم، فقد يكون لهذه القواعد دور هام في تحديد ما إذلكان الحكم التحكيمي حكماً وطنياً أو أجنبياً .
10. القواعد الإجرائية تختلف تماماً عن القانون الواجب التطبيق.

11. منحت قوانين التحكيم في جميع القوانين الناظمة لها كامل الحرية للأطراف لاختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع، وإلا فإن الأمر يترك للمحكم الذي يختاره الأطراف لاختيار القانون الأكثر ملائمة لحل النزاع مع مراعاة شروط العقد والأعراف الدولية في هذا المجال.
12. إن قانون العقد الذي اختاره الطرفان يحكم وجود التراضي وصحته ومشروعيته وشروط المحل ومشروعيته، ووجود السبب وتخضع له حالات البطلان والقابلية للإبطال ونطاق هذا البطلان ومن له حق التمسك به، وكذلك التقادم وسقوط دعوى البطلان كل ذلك يخضع لهذا القانون.

ثالثاً: التوصيات:

1. إن الاتفاق على اللجوء للتحكيم هو اتفاق ينطوي على التزامات قانونية، يجب على الأطراف تنفيذه بحسن نية ويجب صياغة شرط التحكيم والقانون واجب التطبيق بدقة حتى لا يكون وسيلة سهلة لضياع الحقوق.
2. ضرورة تحديد المؤهلات المطلوب توافرها في المحكم ومعايير اختياره بدقة، ووضع تنظيم تفصيلي دقيق لسلطات المحكم ونطاقها وآثارها، حتى يكون على دراية تامة بإجراءات التحكيم والقانون واجب التطبيق.
3. ضرورة وضع تنظيم تفصيلي يحدد بوضوح دور القضاء الوطني في الرقابة السابقة على إجراءات التحكيم والقانون واجب التطبيق، بهدف تدعيم سير خصومة التحكيم وضمان فاعليتها، وإحكام الرقابة خاصة بعد انتشار نظام التحكيم المؤسسي انتشاراً ملحوظاً، لاسيما في النزاعات التجارية والاستثمارية، واستتبع ذلك وجود مؤسسات دائمة تعمل على ترويجه والدعاية له، وكأنها سلعة تهدف

إلى الربح، بحيث أصبحت هذه المؤسسات الدائمة للتحكيم تلهث وراء النزاعات والخصوم من أجل الربح والمكاسب التي يمكن تحقيقها.

4. يتعين على الأطراف إذا أرادوا تشكيل هيئة التحكيم طبقاً لأنظمة بعض المؤسسات والهيئات الدائمة توخي الحيطة والحذر قبل سلوك هذا الطريق، والوقوف جيداً على قواعد هذا المركز أو ذاك وخاصة في قواعد الإسناد.

5. ضرورة تقرير قواعد مسئولية المحكم ومؤسسات التحكيم بشكل دقيق ومن الأفضل أن يقوم المشرع بمعالجة مسئولية المحكم بشكل دقيق فهي مسألة مهمة كونها توازن بين التزام المحكم بكل ما هو واجب عليه مراعاته من عدمه، وما للأطراف من حقوق واجبة الحماية وخاصة التفسير الصحيح للقانون واجب التطبيق في حالة عدم وجود اتفاق علية.

6. يجب النص على أن بنود اتفاق التحكيم المبرم بين الخصوم تعلو على بنود لائحة مركز التحكيم عند التعارض إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة في مجال التحكيم، خاصة عند تعيين المحكمين والقانون واجب التطبيق على النزاع.

7. نقترح تبنى قواعد تحدد وتنظم مسئولية المحكم بشكل تفصيلي، كما فعلت مع القاضي وأعضاء السلطة القضائية وأصحاب المهن المختلفة، التي تثبت عليهم المسئولية الجنائية والمدنية في حالة ارتكابهم أفعالاً تستوجب مساءلتهم، فمن غير المعقول أن تصدر أفعال عن المحكم وتشكل جريمة ويحاطون بالحصانة القضائية ولا يخضعون للمساءلة رغم أنهم ليسوا أعظم شأناً من القضاة.

8. نقترح قيام الدول العربية بقدر الإمكان على عقد معاهدات تحكيم دائمة، أو على الأقل إدراج بند التحكيم التجاري الدولي ضمن المعاهدات التي تبرمها فيما بينها، حتى يكتسب هذا الأخير الطابع الاجباري عند حدوث أي نزاع بهذا الشأن.

9. نقترح توحيد قواعد التحكيم بشكل تساهم فيه كل الأسر الدولية ثم إقرار قانون نموذجي تغلب مزاياه وروحه العالمية يعالج جميع أوجه القصور في موضوع التحكيم وخاصة القانون واجب التطبيق على النزاع.

10. يجب أن يكون اختيار الخصوم للقواعد المناسبة لحكم إجراءات التحكيم في كلٍ من الكويت والأردن صريحة وواضحة لسد جميع الثغرات والإجراءات التي تتطلبها خصومة التحكيم، مع ترك تنظيم باقي إجراءات التحكيم وفق نصوص قانون وطني معين يكمل ما نقص من هذه الإجراءات.

11. أن تمنح القوانين الناظمة لعملية التحكيم في كلٍ من الكويت والأردن لأطراف التحكيم كامل الحرية في الالتجاء إلى قواعد أو قانون التحكيم ليحكم إجراءات خصومة التحكيم، بما لا يتعارض مع المبادئ الأساسية المتعلقة بالنظام العام والتي تتعلق بكفالة حق الدفاع واحترام المساواة بين الأطراف.

12. نقترح أن يكون تطبيق القانون واجب التطبيق بمعيار المكان في حالة عدم الاتفاق صراحة على القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة وضرورة الاستفادة منه في كل ما يكون غامض علينا.

13.ضرورة أن يحترم المحكم القواعد المتعلقة بالنظام العام في الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها، بالإضافة إلى احترام القواعد ذات التطبيق الضروري في قواعد الدولة الأجنبية إذا كان هناك رابط يربطها بالنزاع المحكم فيه.

14.العمل بمقتضى اتفاقية نيويورك بشأن رفض الاعتراف بحكم المحكمين وتنفيذه إذا ما ثبت للسلطة المختصة في البلد المطلوب الاعتراف والتنفيذ فيه أن موضوع النزاع غير قابل للفصل فيه بطريق التحكيم طبقاً لقانون دولة الكويت والأردن.

15.ينبغي أن تحدد الأطراف القانون الواجب التطبيق في كلٍ من الكويت والأردن علي اتفاق التحكيم بإرادة صريحة تتضمن ظروف الحال كجنسية الأطراف وموطنهم ومحل إبرام الاتفاق، فضلاً عن تحديد مقر التحكيم ذاته والقانون الذي يسري عليه موضوع النزاع، بحيث يكون موضوع النزاع ذاته شرطاً في صحة اتفاق التحكيم.

16. ينبغي عند تنفيذ القانون الواجب التطبيق على التحكيم في كلٍ من الكويت والأردن أن لا يؤخذ بالشكل القانوني محل الإبرام وحده دون النظر إلى الأحكام المتعلقة بالشكل في قانون الإرادة، مع الأخذ في الاعتبار أن بعض التشريعات تتطلب الشكل الرسمي مثل دول إسبانيا وبعض دول أمريكا اللاتينية، بينما تكتفي غالبية التشريعات بالشكل العرفي كدول مصر وفرنسا وبلجيكا وبريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية، إذ أن مسألة الشكل القانوني تزيد من المنازعات في الاتفاق التحكيمي.

قائمة المراجع

أولاً: القرآن الكريم.

ثانياً: المعاجم:

1. ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين بن محمد بن مكرم (1990). **لسان العرب**, دار صادر للطباعة والنشر, بيروت, المجلد الرابع, ج 1.

2. بادي، مجد الدين محمد يعقوب الفيروز (1987). **القاموس المحيط**، مؤسسة الرسالة، ج4، دار بيروت للنشر، بيروت.

3. الشافعي، شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني (1415هـ- 1994م). **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى.

ثالثاً: الكتب القانونية:

1. إبراهيم، إبراهيم أحمد (1997). **التحكيم الدولي الخاص**، دار النهضة العربية، القاهرة.

2. إبراهيم، إبراهيم احمد (2000). **التحكيم الدولي الخاص**، دار النهضة العربية، القاهرة.

3. إبراهيم، على سالم (1997). **ولاية القضاء على التحكيم**، دار النهضة العربية.

4. أبو العلا، أبو العلا علي (2000). **القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية في مجال التحكيم**، دار النهضة العربية، القاهرة.

5. أبو الوفا، أحمد (2007). **عقد التحكيم وإجراءاته**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.

6. الأحدب، عبد الحميد (2000). **موسوعة التحكيم**، الجزء الثاني، دار المعارف للنشر، القاهرة.

7. بريري، محمود مختار (1995). **التحكيم التجاري الدولي**، دار النهضة العربية، القاهرة.

8. بكر، محمد (2002). **مركز التحكيم لدول مجلس التعاون الخليجي**، دار النهضة العربية، القاهرة.

9. البياتي، علي (2006). **التحكيم التجاري الدولي**، دار الثقافة والنشر، عمان.

10. التحيوى، محمود السيد عمر (2002). **أنواع التحكيم وتمييزه عن الصلح والوكالة والخبرة**، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة.

11. التيحوي، محمود (2003). **الطبيعة القانونية لنظام التحكيم**، منشأة المعارف للنشر، الإسكندرية.

12. ترك، محمد (2003). **التحكيم البحري**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية.

13. الجغبير، إبراهيم (2009). **بطلان حكم التحكيم**، دار الثقافة للنشر، عمان.

14. الجمال، مصطفى وعبد العال، عكاشة (1998). **التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.

15. الحداد، حفيظة السيد (1997). **الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.

16. الحداد، حفيظة السيد (2001). **الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.

17. حداد، حمزة (2010). **التحكيم في القوانين العربية**، دار الثقافة للنشر، عمان.

18. الحواري، أسامة (2009). **القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة**، دار الثقافة للنشر، عمان.

19. خلوصى، ماجد محمد (2004). **أصول التحكيم في المنازعات الهندسية**، دار الكتب القانونية، الطبعة الرابعة، جمهورية مصر العربية.

20. خليفة، محمد سعد (1998). **عقد التحكيم**، دار النهضة العربية.

21. راشد، سامية (1984). **التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة**، دار النهضة العربية، القاهرة.

22. رضوان، أبو زيد (1981). **الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي**، دار الفكر العربي، القاهرة .

23. رضوان، أبو زيد (1999). **الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي**، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية .

24. الزعبي، محمد (بدون سنة نشر). **قانون التحكيم كنظام اتفاقي من نوع خاص** ، دار سمير للطباعة(samir edition)، القاهرة، مصر.

25. سامي، فوزي (2010). **التحكيم التجاري الدولي**، دار الثقافة للنشر، عمان.

26. سلامه، أحمد عبد الكريم (2000). **قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية**، القاهرة.

27. الشرقاوي، عبد المنعم (1950). **شرح قانون المرافعات المدنية**، دار الفكر العربي، القاهرة.

28. شفيق، محسن (1997). **التحكيم التجاري**، دار النهضة العربية، القاهرة.

29. صادق، هشام علي (1967). **مركز القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني**، أطروحة دكتوراه، جامعة الإسكندرية.

30. صادق، هشام على (1987). **مشكلة خلو اتفاق التحكيم من تعيين أسماء المحكمين في العلاقات الخاصة الدولية**، الفنية للطباعة والنشر، مصر.

31. صادق، هشام على (1995). **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية**، منشأة المعارف الاسكندرية.

32. صادق، هشام علي (2001). **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية**، دار الفكر الجامعي، القاهرة.

33. الصانوري، مهند (2005). **دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص**، دار الثقافة للنشر، عمان.

34. عبد التواب، أحمد (2009). **اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به**، دار الجامعة الجديدة، القاهرة.

35. عبد الخالق، محمد عمر (1976). **نظام القضاء المدني**، دار النهضة العربية، القاهرة، جزء1.

36. عبد الرحمن ، هدى محمد (1997). **دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته**، دار النهضة العربية، القاهرة.

37. عبد الرحمن، عبد الحكيم (1991). **عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص**، مكتبة النصر، القاهرة.

38. عبد الصادق، أحمد محمد (2014). **المرجع العام في التحكيم المصري والعربي والدولي**، دار القانون للإصدارات القانونية، الطبعة السادسة.

39. عبد العال، عكاشة (2007). **تنازع القوانين**، دار الجامعة الجديدة، مصر.

40. عبد الله، عز الدين (1986). **القانون الدولي الخاص ، الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين**، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، الطبعة التاسعة.

41. عبد المجيد، منير (1997). **التنظيم القانوني للتحكيم التجاري الدولي والداخلي**، منشأة المعارف، الإسكندرية.

42. عبد المجيد، منير (2000). **الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص**، منشأة المعارف، الإسكندرية.

43. الفقي، عاطف (2004). **التحكيم في المنازعات البحرية**، دار النهضة العربية، القاهرة.

44. فهمي، محمد حامد (1951). **تنفيذ الأحكام والسندات التنفيذية**، القاهرة.

45. القليوبى، سميحة (2012). **الأسس القانونية للتحكيم التجاري وفقا للقانون رقم 27 لسنة 1994**، دار النهضة العربية.

46. مبروك، عاشور (1998). **النظام الاجرائى لخصومة التحكيم**- الطبعة الثانية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة.

47. محمود، احمد صدقي (2002). **نطاق تطبيق قانون فض المنازعات**، دار النهضة العربية، جمهورية مصر العربية، الطبعة الأولى.

48. محيسن، إبراهيم (1999). **طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية**، دار الثقافة والنشر، عمان.

49. المراكبي، سيد (2009). **التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي**، دار النهضة العربية، القاهرة.

50. المواجده، مراد (2010). **التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي**، دار الثقافة للنشر، عمان.

51. النجار، كرم (2010). **المركز القانوني للمحكم**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.

52. هشام، محمد محمود (1990). **النظرية العامة في التحكيم في المواد المدنية والتجارية**، دار الفكر العربي، بيروت–لبنان.

53. هشام، محمد محمود (1985). **اتفاق التحكيم وأثره على سلطة القضاء في الفقه الاسلامى والأنظمة الوضعية**، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي ، بيروت–لبنان.

54. والي، فتحي (2007). **قانون التحكيم في النظرية والتطبيق**، منشأة المعارف للنشر، الإسكندرية.

55. يعقوب، محمد (2000). **حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي**، منشأة المعارف، الإسكندرية.

56. يونس، محمود (2009). **المرجع في أصول التحكيم**، دار النهضة العربية، القاهرة.

57. عطية، عزمي (2012). "**قانون التحكيم الكويتي**"، مؤسسة دار الكتب، الكويت.

رابعاً: الرسائل والدراسات:

1. إبراهيم، إبراهيم احمد (2012). **أنواع التحكيم وإجراءاته واختيار المحكم ورده**، بحث مقدم لتدريب المحكمين بالأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا، الاسكندرية، مصر.

2. أبو زيد، سراج محمد (1988). **التحكيم في عقود البترول**، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس.

3. بركات، علي (1996). **خصومة التحكيم في القانون المصري**، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة.

4. السيايدة، نشأت (2012). **ولاية القضاء على حكم التحكيم في ظل قانون التحكيم الأردني**، ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، عمان.

خامساً: القوانين والأحكام:

1. الحكم الصادر في الدعوى 31 لسنة 2007 تحكيم استئناف القاهرة " الدائرة 63 تجارى" جلسة 2007/2/21م.

2. نقض مدني 1972/2/15م- الطعن رقم 194 السنة 27- الموسوعة الذهبية – الإصدار المدني – الجزء الرابع 1982م.

3. الطعن رقم 372 سنة 53 ق، محكمة النقض، جلسة 1989/12/18م.

4. الطعن رقم 4173 لسنة 61 ق والصادر بتاريخ 1997/6/21م الدائرة المدنية- محكمة النقض المصرية، حكم غير منشور.

5. الطعن رقم 5539 لسنة 66 ق والصادر بتاريخ 1998/7/11م الدائرة المدنية-محكمة النقض المصرية، حكم غير منشور.

6. الطعن رقم 10350 لسنة 65 ق والصادر بتاريخ 1999/3/1م الدائرة المدنية– محكمة النقض المصرية، حكم غير منشور.

7. القضية التحكيمية رقم 151 لسنة 2000، جلسة 2000/6/8م، والمنظورة تحت مظلة مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، ومنشور هذا الحكم في مجلة التحكيم العربي، العدد الثالث، أكتوبر 2000م.

8. لائحة غرفة التجارة الدولية، باريس، لعام 1975م.

9. الطعن بالنقض رقم 449 لسنة 34 ق، محكمة النقض المصرية، جلسة 1968/11/7م.

10. قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي عام 1985.

11. القانون الكويتي رقم 11 لسنة 1995 بشأن التحكيم القضائي في المواد المدنية والتجارية.

12. المادة (174) القانون الكويتي رقم 38 لسنة 1980 بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية.

13. المادة رقم (15) قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 .

14. المادة (178) القانون الكويتي رقم 38 لسنة 1980 بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية.

15. المادة رقم (6) من قانون التحكيم المصري القانون رقم 27 لسنة 1994.

سادساً: الأبحاث والمجلات والمقالات:

1. أبو العنين، محمد (2000). **إجراءات التحكيم التجاري الدولي، الدورة العامة لإعداد المحكم**، كلية حقوق عين شمس، في الفترة من 22– 27 يناير –2000م.

2. رضوان، أبو زيد (1980). الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي، ج4 ، **بحث منشور في مجلة الحقوق**، جامعة الكويت السنة 4 عدد 2، إبريل.

3. عبد الله، أحمد عز الدين (1978). تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص، **بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة**، السنة التاسعة والستون، العدد 371، يناير.

4. علوان، محمد (1977). تسوية منازعات العقود الاقتصادية الدولية، **بحث منشور في مجلة نقابة المحامين الأردنيين**، السنة 28، عدد 11.

5. الورفلي، أحمد (2000). الصيغة الدولية للتحكيم، **بحث منشور في مجلة التحكيم العربي**، يناير، العدد الثاني.

سابعاً: الاتفاقيات والبروتوكولات:

1. الاتفاقية الأوروبية لعام 1961م.
2. اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري،المبرمة في 16 شعبان 1407 هـ الموافق 1987/4/14م.
3. اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها المبرمة (يونيو) سنة 1958م.
4. اتفاقية واشنطن، بشأن تسوية منازعات الاستثمار، 1971م.
5. بروتوكول جنيف الصادر في 24 سبتمبر لعام 1923م.
6. قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي عام 1985م.
7. قواعد الأونسترال للتحكيم بصيغتها المنقحة عام 2010م.

8. المادة (37) من ميثاق الصندوق العربي للإنماء الاقتصادي والاجتماعي، 1968م.

ثامناً: المراجع القانونية باللغة الأجنبية:

1- Berthold Goldman, **"Le droit applicable selon la Convention de la BIRD** du 18 mars 1965 pour le reglement des differends relatives aux investissements enter Etats et ressortissants d autres Etats". In "Investissements etrangers et arbitrage entre Etats et personnes privees, La Convention BIRD du 18 mars 1965", CRDMI- Faculte de droit et de sciences economiques de Dijon, paris, pedone, 1969, p.133 , spec.

2- Ph. Fouchard, **larbitrage commercial international**, 19; ,R David, larbitrage dans le commerce international,

3- Rene David **arabitrage dans le commerce international**-Edition 1982 .

4- Schreuer, Commentary on the ICSID Convention, **Article** 42, FILJ, Vol, !2, no, 1, 1997.

تاسعاً: المواقع الإلكترونية:

- http://ar.wikipedia.org.
- http://www.almaany.com.
- http://www.blog.saeeed.com.
- http://ar.wikipedia.org/wik.